

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID**

**FACULTAD DE DERECHO**

**Departamento de Derecho Mercantil**



**TESIS DOCTORAL**

**Las estructuras de imputación como criterio delimitador de las responsabilidades de los administradores en las sociedades de capital**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

**Alfredo Muñoz García**

Director

**Adolfo Javier Sequeira Martín**

**Madrid, 2017**

**FACULTAD DE DERECHO**  
**Departamento de Derecho Mercantil**



**UNIVERSIDAD  
COMPLUTENSE  
MADRID**

**TESIS DOCTORAL**

**LAS ESTRUCTURAS DE IMPUTACIÓN COMO CRITERIO  
DELIMITADOR DE LAS RESPONSABILIDADES DE LOS  
ADMINISTRADORES EN LAS SOCIEDADES DE CAPITAL**

**ALFREDO MUÑOZ GARCÍA**

**DIRECTOR**

**PROF. DR. D. ADOLFO JAVIER SEQUEIRA MARTÍN  
CATEDRÁTICO DE DERECHO MERCANTIL  
UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID**

**2015**



## SUMARIO

<b>ABREVIATURAS .....</b>	<b>9</b>
<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>11</b>
<b>PRIMERA PARTE. ESTRUCTURAS DE IMPUTACIÓN EN LA RESPONSABILIDAD SANCIONADORA Y EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL.....</b>	<b>19</b>
<b>I. LA RESPONSABILIDAD SANCIONADORA. LA CONSTRUCCIÓN DOGMÁTICA DEL DERECHO PENAL COMO REFERENCIA. ....</b>	<b>21</b>
A. EL CONCEPTO DE SANCIÓN CIVIL. DELIMITACIÓN EN EL MARCO DEL <i>IUS PUNIENDI</i> . PRINCIPIOS.....	21
B. LA FUNCIÓN DEL DERECHO SANCIONADOR Y LA FUNCIÓN DE LA PENA.....	31
C. LAS ESTRUCTURA DE IMPUTACIÓN .....	35
1. <i>Tipologías y estructuras de imputación. La Teoría del Delito como referente.</i> .....	35
2. <i>Los tipos de resultado. La evolución en el Derecho Penal: del sistema causalista al sistema finalista y su incidencia en la imputación objetiva.</i> .....	37
<b>II. LA NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DESDE LA PERSPECTIVA DE SU EVOLUCIÓN HISTÓRICA.....</b>	<b>44</b>
A. EL ORIGEN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL DERECHO ROMANO. LA FUNCIÓN REPRESIVA DE LA CONDUCTA DEL CAUSANTE. ....	44
B. EVOLUCIÓN DE SU TRATAMIENTO HASTA LA CODIFICACIÓN.....	50
1. <i>Los pueblos posteriores a Roma.</i> .....	50
2. <i>La precodificación.</i> .....	52
C. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LA CODIFICACIÓN .....	54
1. <i>Los diversos sistemas normativos.</i> .....	54
2. <i>La concepción de la Responsabilidad Civil en el Código Civil español.</i> .....	65
D. DESARROLLO DEL TRATAMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL HASTA LA ACTUALIDAD: LA POTENCIACIÓN DE LA PROTECCIÓN DEL PERJUDICADO. ....	68
<b>III.FUNCIONES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL. ....</b>	<b>73</b>
A. LA FUNCIÓN COMO EJE VERTEBRADOR DEL RÉGIMEN JURÍDICO. ....	73
B. FUNCIÓN INDEMNIZATORIA .....	80

C. OTRAS FUNCIONES .....	94
1. <i>La función de demarcación.</i> .....	94
2. <i>La función de dispersión de los costes de los daños.</i> .....	96
3. <i>Función sancionadora.</i> .....	100
4. <i>Función satisfactiva</i> .....	106
5. <i>Función expresiva.</i> .....	108
D. LA SIGNIFICACIÓN DE LA FUNCIÓN PREVENTIVA. ....	109
1. <i>Objeciones a su estimación.</i> .....	111
2. <i>La función preventiva como parte integrante de la estructura normativa de la Responsabilidad Civil.</i> .....	133
3. <i>La función preventiva de la responsabilidad por daños desde el análisis económico del derecho.</i> .....	143
a) Los problemas del análisis económico del derecho como instrumento para identificar la función de la responsabilidad civil. ....	149
i) Los fundamentos del análisis económico del derecho. ....	149
ii) Problemas metodológicos. ....	153
iii) Problemas de integración del análisis económico en la estructura dogmática de la responsabilidad civil. ....	172
b) Una propuesta alternativa en el uso del análisis económico por la responsabilidad por daños. Remisión al análisis de la negligencia. ....	177
E. LA FUNCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL CONTEXTO DEL DERECHO DE DAÑOS. ....	179

#### **IV. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA ESTRUCTURA DE IMPUTACIÓN EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL. .... 196**

A. LA PROBLEMÁTICA DE LA APLICACIÓN DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA. RELEVANCIA DEL DESVALOR DE ACCIÓN EN EL DESVALOR DE RESULTADO. ....	197
1. <i>El análisis de la imputación objetiva en el Derecho Penal, como referente en la Responsabilidad Civil</i> .....	197
2. <i>Problemas de aplicación de la imputación objetiva a la Responsabilidad Civil. La relevancia de la función tuteladora.</i> .....	201
3. <i>La imputación del daño en la Responsabilidad Civil. El riesgo de realización previsible como criterio.</i> .....	210

B. CONFIGURACIÓN DE LA NEGLIGENCIA (INFRACCIÓN DEL DEBER OBJETIVO DE CUIDADO) EN LA ESTRUCTURA DE IMPUTACIÓN DEL DERECHO SANCIONADOR Y EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL. ....	213
C. LA IMPUTACIÓN EN LOS SUPUESTOS DE OMISIÓN. EN ESPECIAL, LOS DEBERES DE EVITAR UN RESULTADO. ....	225
1. <i>Los elementos del deber de actuar. El riesgo permitido como particularidad en la Responsabilidad Civil.</i> .....	226
2. <i>Las fuentes de los deberes de garante. En particular, los garantes de intereses.</i> .....	232
D. LA ANTIJURIDICIDAD EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL COMO PRESUPUESTO DE LA CONDENA A LA REPARACIÓN. ....	245
1. <i>La función de la antijuridicidad en la responsabilidad civil. ¿Desvalor de acción o desvalor de resultado?.</i> .....	245
2. <i>La antijuridicidad y las causas de justificación.</i> .....	260
3. <i>El consentimiento como afectación de la antijuridicidad del daño sufrido. Relevancia en la imputación y en la justificación del daño.</i> .....	267
4. <i>Toma de posición. La antijuridicidad como presupuesto esencial de la obligación indemnizatoria.</i> .....	273
<b>V. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES PREVIAS</b> .....	<b>276</b>
<b>SEGUNDA PARTE. DELIMITACIÓN DE LAS RESPONSABILIDADES DE LOS ADMINISTRADORES EN LAS SOCIEDADES DE CAPITAL.</b> .....	<b>283</b>
<b>VI. LA RESPONSABILIDAD INDEMNIZATORIA DE LOS ADMINISTRADORES.</b> .....	<b>285</b>
A. LA ESTRUCTURA DE IMPUTACIÓN. REMISIÓN. ....	285
B. REVISIÓN DE ALGUNOS SUPUESTOS COMPLEJOS. ....	286
1. <i>La relación entre la imputación, la antijuridicidad y la culpabilidad.</i> .....	286
2. <i>El consentimiento en los daños societarios.</i> .....	295
3. <i>Los grupos de casos en los daños frente a terceros.</i> .....	299
a) Los denominados “ilícitos de empresa”. ....	300
b) Supuestos de lesión por inmiscuirse en la ejecución de la prestación debida por la sociedad. ....	307
c) Supuestos lesivos de intervención del administrador en la fase precontractual. ....	309

<b>VII. LA RESPONSABILIDAD POR DEUDAS AJENAS.</b>	<b>315</b>
A. PARTICULARIDADES DE LA ESTRUCTURA DE IMPUTACIÓN.	315
1. <i>El desvalor de la conducta y la finalidad coactiva de la pena. El cumplimiento normativo como objetivo.</i>	315
2. <i>La inexistencia de una función indemnizatoria. La irrelevancia del consentimiento del acreedor en la tipicidad del deber.</i>	322
3. <i>La naturaleza coercitiva de la responsabilidad.</i>	332
B. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS PENAS COERCITIVAS DE CARÁCTER JURÍDICO-PRIVADO. SUPUESTOS EN EL DERECHO ESPAÑOL.	333
1. <i>Delimitación frente a la sanción.</i>	334
2. <i>El cumplimiento tardío y la patrimonialización de la pena.</i>	342
<b>VIII. LA RESPONSABILIDAD CONCURSAL. FUNCIÓN Y RÉGIMEN JURÍDICO.</b>	<b>346</b>
A. ESTRUCTURA DE IMPUTACIÓN Y DETERMINACIÓN DE LA NATURALEZA JURÍDICA.	346
1. <i>Evolución legislativa y jurisprudencial. Estado de la cuestión.</i>	346
2. <i>Deudas indemnizatorias y deudas imputadas en la sentencia de calificación. Una especial referencia a la deuda por “déficit”.</i>	369
3. <i>El tratamiento de los ilícitos concursales como ilícitos especiales.</i>	380
4. <i>La delimitación de la responsabilidad indemnizatoria de los cómplices.</i>	385
5. <i>El discutido sentido hermenéutico de los términos “podrá condenar” en el régimen de la condena por “déficit.”</i>	389
6. <i>El “déficit” como presupuesto de punición.</i>	392
B. APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO SANCIONADOR A LA CONDENA POR “DÉFICIT”	394
<b>IX. COORDINACIÓN DE LAS RESPONSABILIDADES DE LOS ADMINISTRADORES. EN PARTICULAR DURANTE EL CONCURSO DE LA SOCIEDAD.</b>	<b>407</b>
A. LA ACCIÓN SOCIAL POR DAÑOS A LA SOCIEDAD CONCURSADA.	409
B. LA ACCIÓN INDIVIDUAL POR DAÑOS A LOS SOCIOS O A LOS ACREEDORES.	416
C. LA RESPONSABILIDAD POR DEUDAS DURANTE EL CONCURSO.	419
<b>CONCLUSIONES.</b>	<b>439</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.</b>	<b>461</b>

<b>RESUMEN DE INVESTIGACIÓN.....</b>	<b>483</b>
<b>RESEARCH RESULTS.....</b>	<b>487</b>





## ABREVIATURAS

AC	Actualidad Civil
ADC	Anuario de Derecho Civil
ADCo	Anuario de Derecho Concursal
ADPCP	Anuario de Penal y Ciencias Penales
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BOE:	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
CCOM	Código de Comercio
CE	Constitución Española
Cit.	Citado
Coord.	Coordinado
CP	Código Penal
DA:	Disposición Adicional
DF:	Disposición Final
Dir.	Dirigido
Ed. :	Edición
EJB:	Enciclopedia Jurídica Básica
LC	Ley Concursal
LCS	Ley de Contrato de Seguro
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LGSS	Ley General de la Seguridad Social
LRJAP	Ley de Régimen Jurídico de la Administración Pública
LRLC	Ley de Reforma de la Ley Concursal
LSA	Ley de Sociedades Anónimas
LSC	Ley de Sociedades de Capital
LSRL	Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada
NIC:	Normas Internacionales de Contabilidad
Núm:	Número
P.:	Página
P.ej.:	Por ejemplo

Párr.:	Párrafo
PCSM:	Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles
PDD	Revista Práctica de Derecho de Daños
PETL	Principles of European Tort Law
RAP	Revista de Administración Pública
RD:	Real Decreto
RDBB:	Revista de Derecho Bancario y Bursátil
RDCP	Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal
RDGRN:	Resolución Dirección General de los Registros y del Notariado
RDLeg.:	Real Decreto Legislativo
RDM	Revista de Derecho Mercantil
RDP	Revista de Derecho Privado
RdS:	Revista de Derecho de Sociedades
RECPC	Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SJM	Sentencia del Juzgado de lo Mercantil
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
T.	Tomo
TC	Tribunal Constitucional
Trad.	Traducido
V.gr.	Verbigracia
Vol.:	Volumen
VV.AA:	Varios autores
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZJS	Zeitschrift für das Juristische Studium
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

## INTRODUCCIÓN

El régimen de responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital es uno de los más complejos de nuestro entorno. La existencia de tres regímenes jurídicos (responsabilidad civil, por deudas y concursal), al margen de las responsabilidades de índole público, implican sustanciales problemas en cuanto a la delimitación de la naturaleza jurídica y del régimen jurídico de las responsabilidades que complementan a la básica y tradicional responsabilidad civil y que está desdoblada, desde un punto de vista de tutela procesal, en la acción social y en la acción individual. De entre ellas, la denominada responsabilidad por deudas, inicialmente considerada como una responsabilidad objetiva, ha asumido algunos de los elementos de la estructura de imputación aplicables en sede de responsabilidad civil, como el consentimiento del acreedor, para exonerar a los administradores o la abierta afirmación de que en estos supuestos la “idea de “sanción” no excluye que, si bien con rasgos muy específicos, no haya de alejarse el operador jurídico, al interpretar y aplicar las normas en examen, del territorio de la responsabilidad civil”<sup>1</sup>

Por otro lado, el debate doctrinal<sup>2</sup> o jurisprudencial<sup>3</sup> sobre la naturaleza de la responsabilidad concursal establecida en el actual art. 172 bis LC (antes en el art. 172.3 LC) es el resultado de una inconclusa construcción dogmática sobre la responsabilidad civil y sobre las posibles responsabilidades alternativas a la indemnizatoria que en el ámbito jurídico-privado el legislador puede introducir para regular las relaciones

---

<sup>1</sup> STS (S. 1ª) 28.04.06.- Id Cendoj: 28079110012006100476

<sup>2</sup> ALONSO UREBA, “La responsabilidad de los administradores de una sociedad de capital en situación concursal (art. 171.3 del Anteproyecto de Ley Concursal y sus relaciones con las acciones societarias de responsabilidad)” en VVAA. *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal*, Madrid 2002, p. 263 y ss.; en el mismo sentido ALONSO UREBA, “La responsabilidad concursal de los administradores de una sociedad de capital en situación concursal (art. 172.3 de la Ley Concursal y sus relaciones con las acciones societarias de responsabilidad), en VVAA *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la Reforma Concursa*, Madrid 2003, p.. 505 y ss., ; GARCÍA CRUCES, J.A., “Art. 172. Sentencia de Calificación”, VVAA., *Comentario de la Ley Concursal*, Rojo-Beltrán (dirs.) Madrid 2004, p. 2594 y ss.; GARCÍA CRUCES, J.A. “La Responsabilidad Concursal”, en VVAA., *La Responsabilidad de los Administradores de las Sociedades Mercantiles*, Rojo y Beltrán (dirs.), Valencia 2013, 5ª ed. p. 295 y ss.

<sup>3</sup> Pueden verse como ejemplos más evidentes las STS (Pleno S. 1ª) 21.05.12 y, tras la reforma de 2014, la STS (S. 1ª) 12.01.15, en las que se incluyen votos particulares discrepantes en cuanto a la naturaleza y régimen jurídico de la responsabilidad concursal.

personales y obtener determinados objetivos, como la protección de determinados intereses o el cumplimiento de determinados deberes.

Nuestra investigación no está pues basada en postulados tradicionales (contrastando qué elementos reúne y acercando la institución a aquella más cercana para integrarla en ella y aplicarle los elementos no regulados o interpretarla de conformidad con su naturaleza), sino que hemos desplazado el análisis a un campo más amplio y con propósitos más generales, buscando los fundamentos de la propia responsabilidad civil, indemnizatoria. Incluso, desde un punto de vista histórico, hemos intentado localizar el fenómeno tuitivo, propio de la misma para conformar el pilar fundamental sobre el que se sostiene, como es el de la función tuteladora de intereses jurídicos privados y, a partir de ahí poder deslindarla de otras funciones que son propias de otras responsabilidades existentes en nuestro ordenamiento.

Nuestro trabajo es un trabajo de Derecho Patrimonial, que tiene por objetivo construir un “modelo” teórico-jurídico de las principales responsabilidades que pueden derivarse en el Derecho Privado generando derechos de crédito, de manera extracontractual, a favor de un sujeto. Para ello hemos tenido que reelaborar o, si se prefiere, reconstruir, la teoría general de la responsabilidad civil indemnizatoria, para separarla de otras figuras afines, o de regulaciones confusas o incluso incompatibles con su naturaleza.

La creación de un modelo teórico delimitando la naturaleza y la estructura de imputación de las algunas responsabilidades jurídico patrimoniales nos va a permitir delimitar, posteriormente, las distintas responsabilidades que se contemplan en nuestro ordenamiento en relación con los administradores en las sociedades de capital, en particular las referidas a la responsabilidades civiles, la responsabilidad por deudas (art. 367 LSC) y la responsabilidad concursal (art. 172 bis LC). Uno de los objetos de este trabajo, aunque posiblemente no el más relevante, es delimitar la naturaleza de la denominada “responsabilidad concursal” en la regulación española (actual 172 bis LC), estableciendo si la misma tiene efectos indemnizatorios, sancionadores, preventivos, coercitivos, etc. tanto en virtud de su redacción originaria como en la vigente actualmente, a raíz de las modificaciones posteriores que se han realizado. Para llegar a la conclusión correspondiente sobre este aspecto, el examen no sigue patrones clásicos partiendo de las construcciones incompletas y tradicionales de la responsabilidad civil,

con el fin de encontrar puntos de apoyo para sostener o refutar la naturaleza de esta responsabilidad como indemnizatoria o soportada en un fundamento distinto.

En consecuencia, hemos separado el trabajo en dos partes. En la primera de ellas, hemos generado el modelo teórico, delimitando las funciones y las estructuras de imputación de las responsabilidades referidas y en la segunda parte hemos insertado las distintas responsabilidades de los administradores en las sociedades de capital, en su correspondiente “marco” teórico-jurídico para contrastar el adecuado encaje, lo que nos lleva, en su caso, a poder clarificar la existencia del régimen normativo en todo aquello no previsto en la norma que constituye la responsabilidad correspondiente.

Así en la primera parte, para llegar al patrón funcional y estructural pretendido hemos estructurado las responsabilidades en tres grandes bloques: un bloque inicial sobre el análisis funcional y estructural del Derecho Sancionador; y, posteriormente, en relación con la responsabilidad civil cuya condena se concreta en reparar un daño, proceder a la identificación de la función como elemento esencial para la construcción de su estructura, para finalmente, llevar a cabo la reelaboración de los elementos más complejos y controvertibles de la responsabilidad civil.

La estructura del modelo teórico que podamos construir no está destinada a soportar todas las posibles responsabilidades de índole pecuniaria existentes en el Derecho Privado, como la responsabilidad por enriquecimiento injusto, la responsabilidad derivada de la asunción voluntaria de obligaciones ajenas, etc.. Los evidentes límites del trabajo pero, sobre todo, la antijuridicidad de la conducta, nos han llevado a restringir nuestro estudio, para ser más efectivo y clarificador, a aquellos supuestos en los que existe un incumplimiento del que dimana la consecuencia jurídica negativa para el constituido en condición de responsable. Si el “molde” se construye idóneamente y es factible separar las responsabilidades referidas, en función de su pretensión básica (indemnizar, sancionar, o doblegar la voluntad infractora), se facilitará el encaje de todas aquellas responsabilidades creadas por el legislador cuando no sea fácilmente identificable su naturaleza jurídica o cuando, a pesar de una denominación determinada pero confusa, su función sea diferente.

Para construir el modelo teórico, hemos tenido que analizar, sin pretensión de exhaustividad, pero con juicio crítico en algunos de sus elementos, la primera de las responsabilidades surgidas históricamente en el Derecho, como es el Derecho

Sancionador, a través de un examen de las funciones y estructuras de imputación existentes en el referente normativo utilizado que no podría ser otro que el del Derecho Penal. Esa referencia nos permite asentar ya algunas conclusiones entre las que destaca que si bien la pena no delimita el Derecho Penal, sí tendrá incidencia en los fines perseguidos por éste que apremia a conducir comportamientos, siempre que dicha pena afecte en la voluntad de quien tiene que obedecer los mandatos o las prohibiciones contenidos en las normas primarias que sostienen el Derecho Sancionador en general. Los fines y estructura de imputación, por ello, en conformidad con la consecuencia negativa que ha de soportar el sancionado, serán dirigidos a conseguir una conducta que no violente la tipicidad o la antijuricidad para tutelar los bienes jurídicos designados por el legislador. Y ello, con independencia de la naturaleza de la pena que se imponga, siempre que ésta última sea un soporte suficiente para coadyuvar a conseguir los fines direccionales de las conductas de los destinatarios de las normas primarias (mandatos y prohibiciones) en las que se asientan las normas secundarias sancionadoras que contemplan las penas. La existencia de una doctrina muy elaborada, aunque compleja y con interpretaciones contrarias en algunos de los temas básicos, nos ha permitido partir de premisas suficientemente justificadas que han beneficiado el desarrollo del trabajo, reduciendo la extensión destinada a esta parte tan fundamental.

En esta primera parte, se aborda de forma exhaustiva la responsabilidad civil indemnizatoria, al constituir el elemento central sobre el que giran las conclusiones, en relación con la delimitación de la responsabilidad de los administradores. A nuestro juicio, esta institución se encuentra todavía en una situación muy incipiente en su construcción dogmática, a diferencia de la responsabilidad de índole sancionador y, además, coartada por su origen ligado al Derecho Penal, lo que motiva la importación, sin filtro previo, de algunas instituciones propias de este último sin haber sufrido la debida y relevante adaptación, como por ejemplo ocurre con la denominada imputación objetiva o con la negligencia. A ello se une la práctica inexistencia de una teoría de imputación en los supuestos de atribución normativa del daño a quien debió evitar el curso causal lesivo, de carácter ajeno, y que en la dogmática penal se conoce como “garante”, término que utilizaremos en este trabajo para definir a quien tiene un deber específico de evitar un resultado.

La existencia de estos problemas nos ha obligado a realizar un esfuerzo muy señalado de análisis y actualización sobre la teoría de la responsabilidad civil clásica,

denominada responsabilidad indemnizatoria o por daños. En este sentido, hemos tenido que buscar los elementos caracterizadores en sus orígenes y evolución y, a partir de ello, hemos establecido cuál es su función como elemento esencial de interpretación y elaboración de su construcción institucional. Una vez delimitada la función que entendemos que cumple dicha figura jurídica, hemos elaborado una estructura de imputación del daño a los posibles responsables atendiendo, en especial, a tres elementos que a nuestro juicio son esenciales para ello y que son la imputación del daño, la antijuridicidad y el papel de la culpa en la estructura dogmática en la que se basa la atribución normativa del daño al responsable. En sede de la antijuridicidad, hemos realizado un análisis específico del consentimiento como instrumento idóneo para adecuar la tutela dispensada a la libertad de actuar y a la libre voluntad del titular del interés protegido. La configuración jurídico-estructural del consentimiento en esa sede es de especial relevancia para aclarar ciertos problemas en la segunda parte de nuestro trabajo y, por ello, se ha requerido un examen más detallado frente a otros supuestos de exoneración de la responsabilidad como causa de justificación o de imputación del daño.

En la segunda parte, como ya hemos referido, hemos trabajado con las diversas responsabilidades exigibles a los administradores de las sociedades de capital, referidas a la responsabilidad indemnizatoria (art. 236 LSC), la responsabilidad por deudas (art. 367 LSC) y la responsabilidad concursal (art. 172 bis LC), pero lo hemos hecho partiendo de una premisa. La imposición de la obligación de reparar un daño, o de dar una compensación a un acreedor, o de asumir un crédito contraído frente a un tercero, no es el elemento clave de las responsabilidades jurídico-privadas que actúan ante un determinado incumplimiento, sino un elemento accidental cuya modificación no afecta, en su esencia, a la responsabilidad que se analiza. A lo sumo contribuye a construir la justificación, cuando el legislador no nos aportan elementos suficientes, del porqué de esa responsabilidad, pero no es el motivo de la asunción de la deuda.

La delimitación de la función y la estructura de imputación de la responsabilidad por daños, que se hace en la primera parte, nos ha permitido aportar soluciones a algunos de los problemas que se plantean en torno a la responsabilidad civil por daños a la sociedad (art. 238 y ss. LSC) y por daños a los acreedores y a los socios (art. 241 LSC), como son, entre otros, la ausencia de la culpa en la imputación del daño, la existencia de la antijuridicidad en todo daño imputado a los administradores, salvo estado de necesidad o cumplimiento de un deber por parte de aquellos, la relevancia de



la culpa para exonerar y fomentar actuaciones arriesgadas de los administradores en la gestión del patrimonio social o la falta de validez del consentimiento societario. A todo ello se añade, como algo de suma relevancia, que es el estudio de la posición de garante que ostenta el administrador frente a posibles efectos lesivos, lo que le obliga a tutelar los intereses societarios frente a cualquier riesgo y, simultáneamente, a proteger a los acreedores de los riesgos generados por la fuente “empresa” de la que sea titular la sociedad. Posición de garante de la que dimanará, en su caso, responsabilidad, sólo si el administrador reunía todos los condicionantes para cumplir el deber especial de protección exigido, lo que sólo puede valorarse individualmente, quebrando con ello, la tradicional presunción de solidaridad existente en nuestro ordenamiento sobre la responsabilidad de todos los administradores (art. 237 LSC), o la presunción de culpabilidad prevista en el art. 236.1 LSC que únicamente puede venir referida a conductas comisivas y no a omisiones.

También en esta segunda parte hemos subsumido la responsabilidad por deudas, prevista en el art. 367 LSC, en una categoría distinta para poder dar cabida, en ella, a aquellos casos de responsabilidad, que ya se encuentran contemplados normativamente, pero que están carentes de una construcción teórica que les dé homogeneidad y seguridad jurídica. Se trata de supuestos en los que el Derecho persigue, existente un riesgo lesivo o no, forzar una determinada conducta, ejerciendo coerción sobre el destinatario del mandato, a través de la imposición de consecuencias jurídicas desfavorables que se incrementan, sin límite inicial, a medida que el cumplimiento del deber se retrasa. Por ello, esta responsabilidad, a la que hemos denominado como “responsabilidad coercitiva”, ni indemniza ni sanciona y por ello, nos ha requerido elaborar una nueva construcción dogmática en torno a su estructura de imputación. Ello nos permite defender la naturaleza particular y peculiar de la responsabilidad referida y la salvaguarda de un régimen destinado a ese fin coercitivo, lo que posibilita, en su caso, reducir los requisitos subjetivos del derecho sancionador, relativizar los efectos jurídicos de un consentimiento de quien se beneficia con la “sanción” pecuniaria impuesta y la posibilidad de enervar o extinguir, por un cumplimiento tardío, la sanción civil.

El lograr acreditar la existencia, en esta segunda parte, la existencia de responsabilidades destinadas a distintos fines, aunque todas estén residenciadas en el Derecho Privado, permitiendo la existencia de responsabilidades de índole diferente,

nos permite asentar que no toda responsabilidad patrimonial impuesta por el incumplimiento de deberes, aunque sean coincidentes con la generación de daños, se concreta, necesariamente, en una obligación de resarcir lesiones, sino que esto dependerá de sus funciones y, no tanto, de la existencia que algunas normas sin coherencia sistemática pudieran indicar, pudiéndose así completar las lagunas mediante una subsunción del supuesto en la institución en la que se inserta.

Lo más relevante de toda esta construcción no es sólo permitir resolver o reconstruir algunos de los problemas existentes sino delimitar el ámbito de aplicación de la responsabilidad indemnizatoria, lo que nos permitirá fundamentar la decisión que finalmente se adopte respecto de la naturaleza de la responsabilidad concursal y señalar las consecuencias que se derivan de ello. Hemos entrado en la realización de un análisis de la “responsabilidad concursal” en los términos normativos existentes (con un examen retrospectivo a la redacción originaria) para poder determinar si incluirla en el marco de la responsabilidad por daños o en el la responsabilidad preventiva de conductas no deseadas y especificar, en consecuencia, el régimen jurídico que proceda.



## **PRIMERA PARTE**

### **ESTRUCTURAS DE IMPUTACIÓN EN LA RESPONSABILIDAD SANCIONADORA Y EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL.**



## **I. LA RESPONSABILIDAD SANCIONADORA. LA CONSTRUCCIÓN DOGMÁTICA DEL DERECHO PENAL COMO REFERENCIA.**

### **A. El concepto de sanción civil. Delimitación en el marco del *ius puniendi*.**

#### **Principios**

Inicialmente, el término sanción comprende todo tipo de respuestas jurídicas a conductas o resultados no deseados. Así, el concepto amplio de sanción incluiría todas aquellas medidas que se prevén por el Ordenamiento para poder conseguir la efectividad de sus normas, reaccionando ante las conductas que las incumplen<sup>4</sup>. En dicho concepto estarían todas aquellas implicaciones jurídicas establecidas para dichos fines, tales como las sanciones administrativas, las penas, las medidas coercitivas, la nulidad, la responsabilidad civil, la ejecución forzosa, etc.<sup>5</sup>. Este concepto útil y justificado para delimitar el ámbito de las obligaciones jurídicas frente a obligaciones de otra naturaleza tiene poca eficacia en la delimitación de los instrumentos otorgados por el legislador para la satisfacción del Ordenamiento y sus fines, lo que exige una conceptualización más firme y estricta del concepto de sanción como mal aflictivo o gravamen retributivo<sup>6</sup>, impuesto sobre un sujeto a raíz de la violación cometida sobre el propio orden jurídico preestablecido.

La evolución de la sanción en su naturaleza retributiva, como pena, ha sido ciertamente relevante y ha implicado un sustancial avance desde la imposición privada hasta la asunción pública de su régimen y aplicación<sup>7</sup>. Actualmente, al menos en nuestro entorno, el derecho a castigar, con naturaleza jurídico-pública se ampara en el Estado social y democrático de Derecho, que exigen un absoluto respecto al principio de legalidad y la finalidad preventiva para la tutela de la sociedad, que implica restringir los límites del *ius puniendi* y la necesidad social de esa intervención, en especial, de carácter penal<sup>8</sup>

---

<sup>4</sup> HUERGO LORA, A., *Las Sanciones Administrativas*, Madrid 2007, p. 220 y ss.

<sup>5</sup> DÍEZ PICAZO, L., GULLÓN BALLESTEROS, Sistema de Derecho Civil, vol. II. Madrid 2002, 9ª ed., p. 539 y ss, . Si bien en DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños*, Madrid 1999, p. 46 se afirma que las normas que cumplen una función indemnizatoria no contienen la idea de sanción, salvo que por sanción se entendiera cualquier consecuencia desfavorable para el destinatario.

<sup>6</sup> HUERGO LORA, A., *Las Sanciones Administrativa*...cit., p. 221 y ss.

<sup>7</sup> KELSEN, H., *Teoría General del Derecho y el Estado*, traducción por Eduardo García Máynez, México, 1979, p. 17 y ss

<sup>8</sup> MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona 2008, 8ª, ed. 104 y ss.

En el ámbito del Derecho Privado, la sanción civil, como instrumento de represión de determinadas conductas no es ajena a nuestro ordenamiento<sup>9</sup> y ha de reconocérsele fundamentos originarios en una finalidad punitiva<sup>10</sup> o represiva de determinadas conductas no deseadas por el ordenamiento frente a las cuáles configura un régimen, en el ámbito privado, de tutela para reprimir comportamientos contrarios a los establecidos.

La sanción civil, estricto sensu, tiene sus propios fundamentos y por ello persigue sus fines específicos pero, su existencia guarda ciertas relaciones con el Derecho Sancionador, en cuya construcción dogmática puede alojarse la estructura de imputación básica dado que la ordenación de servir como instrumento incentivador de conductas exigibles y de prevención de conductas reprochables puede permitirnos partir de la sustancial elaboración teórica del Derecho Sancionador público (y muy particularmente del Derecho Penal). Ello nos permite asumir los elementos básicos y perfilar la estructura de imputación idónea de la Sanción Civil<sup>11</sup> porque la sanción, como tal no tiene porqué quedarse limitada, exclusivamente, en el seno del Derecho Público, siempre que se respeten los fundamentos legales y los principios represivos existentes en nuestro Estados Social.

La aplicación de la sanción civil se ha extendido en el ámbito del Derecho Mercantil, por su pertenencia a la regulación del derecho del tráfico y las exigencias de rigor en el cumplimiento de las obligaciones. Son múltiples los supuestos de sanciones civiles en este sector del Ordenamiento<sup>12</sup> que pueden asimilarse a la tradicional categoría de

---

<sup>9</sup> QUIJANO GONZÁLEZ, J., “Responsabilidad de los administradores por no disolución de la sociedad (art. 262.5, TRLSA [RCL 1989, 2737]) (Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 24 de julio de 1995)...cit., p. 281 afirma que “la aparición de supuestos en que el vínculo de la responsabilidad cumple esta función coercitiva o sancionadora es bastante frecuente en el Derecho Mercantil y más aún en el Derecho de Sociedades para reequilibrar la garantía de terceros en ciertos casos.”

<sup>10</sup> CASADO CASADO, B., *La Sanción Civil*, tesis publicada en CD, Málaga 2006, p. 384 afirma que “en el fondo del concepto de sanción civil se encuentran los orígenes históricos del mismo, asociados siempre a una finalidad punitiva o a una idea de castigo, y esta finalidad es la que fundamenta el concepto de sanción en sentido restringido” y en p. 389 que “Un tradicional concepto de sanción vinculado al concepto de pena hace que, desde esta delimitación, la sanción civil en sentido estricto posea ciertas “semejanzas” a las sanciones como tales penales, o incluso, administrativas, aunque no resulten impuestas por el Derecho público ni sean exactamente producto del *ius puniendi* del Estado, en determinados casos.”.

<sup>11</sup> QUIJANO GONZÁLEZ, J., “Responsabilidad de los administradores por no disolución de la sociedad (art. 262.5, TRLSA [RCL 1989, 2737]) (Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 24 de julio de 1995)”, en *RdS*, número 5, 1995, p 281 defiende que el término “sanción” tiene un contenido de carácter jurídico que no se limita al penal o administrativo. Hablamos de “sanciones civiles”, que asimila a “penas civiles”, con origen contractual o legal

<sup>12</sup> QUIJANO GONZÁLEZ, J., “Responsabilidad de los administradores por no disolución de la sociedad

“sanción” punitiva, que surge del Derecho Penal y se hace extensible al Derecho Administrativo. Es cierto que existen muchos supuestos en el ámbito del Derecho Privado que anudan una responsabilidad, patrimonial privada, a la violación de determinados deberes (el naviero no inscrito en el Registro Mercantil –art. 19.3 CCom, ya derogado por la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima; la responsabilidad del socio comanditario por mantener su nombre en la denominación social –art. 147 CCom.- o la del socio unipersonal que no inscribe la unipersonalidad sobrevenida –art. 14 LSC-), si bien no todos los supuestos son idénticos y a pesar de que se ligan obligaciones pecuniarias a unos correspondientes incumplimientos no mantienen una estructura similar. Así, por ejemplo, en la responsabilidad del comanditario nos encontramos en el terreno de la imputación de un resultado, que es el derivado de la generación de una falsa imagen a los terceros, frente a los cuáles, en garantía de su crédito, se les hace responsables por haber actuado ilícitamente. Por el contrario, en los supuestos del naviero no inscrito lo que hay es una ausencia de constitución del beneficio jurídico (art. 19.3 CCom.), como excepción a la regla general (art. 1911 Cc.), es decir la ausencia de inscripción impedía el nacimiento del derecho a la limitación de la responsabilidad como naviero<sup>13</sup>. No actúa como sanción sino que la coerción, el efecto patrimonial negativo, actúa para incentivar el cumplimiento del deber exigido legalmente, a través de la obtención del privilegio. Por ello, si la inscripción tenía carácter constitutivo del derecho, la ausencia de dicho requisito, aún por razones no imputables al empresario naviero, impedían el nacimiento del derecho. Distinto es el supuesto, del socio unipersonal, previsto en el art. 14 LSC, como veremos detalladamente con posterioridad, precisamente porque aquí la ausencia del cumplimiento no constituye limitación alguna ante un rol jurídico, como es el de socio de sociedad capitalista, sino que se mantiene la responsabilidad limitada a las aportaciones en concepto de socio, pero se asume, como consecuencia jurídica del incumplimiento del deber de inscripción y tras seis meses para llevar a cabo el mismo, la responsabilidad por las deudas sociales. Lo hace en concepto de infractor de la norma

---

(art. 262.5, TRLSA [RCL 1989, 2737]) (Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 24 de julio de 1995)...cit., p. 281 afirma la existencia de supuestos de sanción a aquellos en los que se pierde el beneficio de responsabilidad limitada como sanción ante la infracción de prohibiciones establecidas para seguridad de terceros y transparencia en el tráfico, sin que sea necesario que se produzca un daño efectivo, recogiendo como tales supuestos el del socio comanditario que pierde su condición, participe en una cuenta exteriorizada, naviero no inscrito, accionista único o mayoritario en casos de abuso y también el socio único que no inscribe la unipersonalidad.

<sup>13</sup> ARROYO MARTÍNEZ, I., “El empresario de la navegación”, en VVAA., Curso de Derecho Mercantil, Uría, R., y Menéndez., A. (dirs.), Madrid 2001, tomo II, 1ª ed., p.1119



de conducta y no como socio, aunque coincidan ambos roles en un mismo sujeto y el rol de obligado a cumplir dimana precisamente de su posición de socio único, con el consiguiente dominio de la situación. Este último supuesto no es un supuesto de protección de terceros o de transparencia en el tráfico sino de protección del interés general en constatar la unipersonalidad, lo que no altera la situación de seguridad de los acreedores y de la imagen de la entidad societaria. Sin embargo, como a juicio del legislador es imprescindible su inscripción se impone una determinada consecuencia por no ajustar el comportamiento al exigido, al margen de cualquier daño producido o riesgo generado. A estos efectos, estos deberes exigidos y las consecuencias tipificadas por su infracción (art. 14 LSC) se asemejan conceptualmente a los tipos de injusto de la omisión, a los que nos referiremos posteriormente, en los que se hace algo diferente de lo exigido previamente por el ordenamiento violando deberes específicos de actuar. Como podemos ver, supuestos con consecuencias similares proceden de estructuras muy dispares, con finalidades diferentes.

En la conceptualización del término sanción se puede acudir a un concepto amplio que abarque todas las consecuencias, previstas por el Ordenamiento jurídico privado, cuando se produce su violación, lo que abarcaría la responsabilidad civil<sup>14</sup>, la ineficacia contractual como la nulidad<sup>15</sup>, la anulabilidad, la rescisión, la resolución, etc.<sup>16</sup>. Pero podemos establecer un ámbito restringido, en el que se incluyan todos aquellos supuestos dotados con una finalidad punitiva, por lo tanto destinada al castigo –sin perjuicio, obviamente del carácter preventivo en la realización de esas conductas- del autor de la infracción del Ordenamiento<sup>17</sup>. Si realmente deseamos establecer un concepto propio, con sentido jurídico y efectos prácticos evidenciados y evidentes que permitan dotar la exigida seguridad jurídica se ha de optar, al menos con el fin de poder delimitar qué obligaciones tienen esta naturaleza y los efectos que de ello dimanen, por un concepto estricto de la misma –excluyente de la cualquier consecuencia que no tenga función punitiva de la conducta del infractor, con carácter de principal<sup>18</sup> y no de función secundaria-. Ello, excluye de este ámbito supuestos como la responsabilidad civil

---

<sup>14</sup> SALVADOR CODERCH, P. y FERNÁNDEZ CRENDE, A., “Instrumentos de control social y derecho de daños”, en [www.indret.com](http://www.indret.com) noviembre-2004, núm. 255, p. 4

<sup>15</sup> CASADO CASADO, B., *La Sanción Civil*, tesis publicada en CD, Málaga 2006, p. 356 y ss.

<sup>16</sup> CASADO CASADO, B., “La responsabilidad legal de los administradores de las sociedades de capital, ¿un supuesto de sanción privada?”, en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 57, enero-marzo 2006, p. 96

<sup>17</sup> CASADO CASADO, B., “La responsabilidad legal de los administradores de las sociedades de capital, ¿un supuesto de sanción privada?...cit., p. 97

<sup>18</sup> CASADO CASADO, B., *La Sanción Civil*...cit., p. 446

indemnizatoria, la nulidad, los remedios contractuales o la propia coerción -que aún también con naturaleza represiva no persigue punir sino incentivar comportamientos no cumplidos voluntariamente, doblegando la voluntad obstativa del destinatario de la norma-. Ello permitirá que la sanción privada tenga identidad propia y podamos identificar aquellos supuestos que puedan calificarse como tales, facilitando en su caso la determinación de su naturaleza jurídica, su estructura de imputación y su régimen jurídico cuando el legislador no lo otorgue expresamente. Esa identidad propia, que responderá a la caracterización de una función preventiva<sup>19</sup>, propia de la defensa de cualquier ordenamiento, se desarrollará a través de medidas de naturaleza punitiva con las que el mismo se dota, exigiéndose para ello la existencia de las categorías propias del Derecho Sancionador<sup>20</sup> como son un actuar humano, por acción u omisión, tipicidad de la conducta, antijuridicidad de la misma y la consiguiente culpabilidad necesaria para su imposición, además de la punibilidad. Es decir, la presencia de una acción u omisión típica, antijurídica, culpable y punible.

A la hora de delimitar el ámbito de la sanción civil, se ha propuesto diferenciarla<sup>21</sup> de la pena privada, en que esta última sería impuesta a través de un *ius puniendi* interprivatos, tal y como se legitimaba en sus orígenes, mientras que la sanción civil sería la que emana del Estado, para su aplicación en las relaciones entre los particulares, requiriendo la correspondiente la habilitación legal. Ante esta distinción, se afirma que la pena privada sería hoy inexistente, mientras la sanción civil se produce y encuentra amparo en el Ordenamiento, al ser el Estado el único titular del *ius puniendi*. Es evidente que la existencia de una sanción civil requiere, como hemos afirmado, del respeto al principio de tipicidad que delimita el cupo de conductas reprochables y las consecuencias derivadas del incumplimiento de aquellas. Ello no obsta, por el contrario, a asumir, la existencia de una pena privada no impuesta caprichosamente por el particular sino al amparo de la habilitación legal que permita la inclusión en los negocios, al amparo de la libre voluntad de las partes con los límites del contenido lícito del pacto (art. 1255 CC) y las limitaciones de la propia pena, que establece el legislador en la regulación en la que se asienta la habilitación. En nuestro ordenamiento, es clásica

---

<sup>19</sup> CASADO CASADO, B., “La responsabilidad legal de los administradores de las sociedades de capital, ¿un supuesto de sanción privada?...cit., p. 97

<sup>20</sup> Sobre las categorías del Derecho Penal puede verse la obra de referencia en Alemania ROXIN, C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, München 1994, 2. auflage; o en el Derecho Español, la ya citada de MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General...cit.*

<sup>21</sup> CASADO CASADO, B., *La Sanción Civil...cit.*, p. 449 y ss.

la existencia de las obligaciones con cláusula penal (art. 1152 y ss. CC) y la exigencia de la expresa inclusión del pacto, en su caso, del carácter cumulativo de la misma para cumplir fines distintos de los indemnizatorios, ya que de lo contrario únicamente cumplirá funciones liquidatorias de los daños y perjuicios producidos<sup>22</sup>; o la necesidad de interpretarla restrictivamente<sup>23</sup>; o incluso la obligación del Juez de moderar la pena por mandato legal (art. 1154 CC)<sup>24</sup>. Es evidente que la pena civil no deriva expresamente de la norma, pero ésta si habilita la posibilidad de que las partes la incluyan y produzca efectos punitivos ante determinados incumplimientos, bajos los límites legales que la configuran. No obstante, conviene separar ambos supuestos, acotando por un lado, la pena civil como posibilidad de regular los aspectos punitivos de índole negocial entre las partes, habilitando ámbitos de represión privada antes conductas no deseadas y reflejadas en el negocio del que dimana dicha pena, y por el otro, la sanción civil como instrumento del legislador para promover conductas concretas y prevenir incumplimientos futuros de las mismas, que tienen como fuente la norma, delimitadora del deber y de las consecuencias por su violación. Es en este segundo supuesto, al que nos referimos, dentro del ámbito del Derecho Privado, en este trabajo y sobre el que deberemos concluir su existencia o no, actualmente, en el régimen de responsabilidades de los administradores de las sociedades de capital.

Para la imposición de una sanción civil, es exigible el requisito el de la tipicidad normativa de la conducta exigida y de la sanción que se ha de imponer al infractor. Es evidente que una tipificación expresa de la sanción, sin posibilidades de graduación supone cierto obstáculo para cumplir con la función preventiva que sustenta el aparato sancionador<sup>25</sup> por ruptura del principio, tradicional del Derecho Sancionador contemporáneo, de la proporcionalidad que exige que la gravedad de la pena sea proporcionada a la del hecho cuyo reproche la motiva<sup>26</sup>, lo que, obviamente, por la naturaleza de la pena, sólo puede venir referido a la entidad económica de aquella. La existencia de supuestos de sanción civil, en el que se pueden plantear casos de responsabilidad del “todo o nada” puede implicar una afectación de las funciones

---

<sup>22</sup> STS (S. 1ª) 13.07.06 - Id Cendoj: 28079110012006100737

<sup>23</sup> STS (S. 1ª) 23.05.97 - Id Cendoj: 28079110011997102251

<sup>24</sup> STS (S. 1ª) 12.02.98 - Id Cendoj: 28079110011998101341 “la redacción dada al artículo 1.154 del Código no autoriza a prescindir del mandato que impone al Juzgador, quedando a su arbitrio los límites cuantitativos de la facultad moderadora”

<sup>25</sup> SALVADOR CODERCH, P. y FERNÁNDEZ CRENDE, A., “Instrumentos de control social y derecho de daños...cit., p. 5

<sup>26</sup> MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General...cit., p. 127*

inicialmente previstas, pero al desarrollarse en este ámbito jurídico-privado implicando el beneficio que para terceros puede suponer la pena privada -aquellos que hacen suyo el crédito dimanante de la responsabilidad impuesta-, puede justificarlo y, en definitiva, acentuar los deberes de cuidado y el respeto de la norma cuyo cumplimiento se exige. En todo caso, esta posibilidad no parece ser un obstáculo insalvable en el seno del Derecho Privado dada la existencia de supuestos tipificados en este sentido y asumidos por la doctrina que desligan la gravedad de la conducta de la imposición de la responsabilidad patrimonial, aplicando, de manera mecánica esta última cuando el legislador así lo establece. Por lo que, debemos anticipar que la no aplicación del principio de proporcionalidad –en términos de relación económica entre el mal causado y el mal que se ha de sufrir- no es óbice para la existencia de la Sanción Civil, siempre que exista un cumplimiento de la exigencia, al igual que en el Derecho Penal o el Derecho Administrativo, del principio de tipificación<sup>27</sup>

Tipificar la conducta a respetar (a través de mandatos o de prohibiciones) y tipificar las consecuencias jurídico privadas, de las que se benefician determinados terceros, no tienen porqué estar necesariamente relacionadas en términos económicos, como si de un proceso causal se tratase. La existencia misma de la consecuencia y su ámbito cualitativo y cuantitativo debe respetar el principio de legalidad y si la misma dimana de la norma, éste se respeta al establecerse por un legislador, cuyo criterio de proporcionalidad dimana de la voluntad normativa. El hecho de que determinados incumplimientos, inicialmente de escasa importancia social, e incluso sin efecto lesivo alguno, puedan acarrear consecuencias patrimoniales muy severas puede ser discutido desde el punto de vista de la política legislativa pero, al mantenernos en el ámbito jurídico-privado, la proporcionalidad, al igual que no es exigida en las penas civiles, no tiene, necesariamente que darse en las sanciones civiles.

En todo caso, ha de añadirse la necesaria existencia de antijuridicidad, puesto que de lo contrario no existe razón alguna para la imposición de una sanción al realizar una conducta que no sea *contra legem*, ya que el fundamento de la sanción se encuentra en la violación del ordenamiento. Este elemento en sede de derecho sancionador implica una ratificación de la tipicidad, como conducta ilícita previamente establecida por el ordenamiento que no se encuentra justificada. Como estamos en esta sede debe

---

<sup>27</sup> CASADO CASADO, B., “La responsabilidad legal de los administradores de las sociedades de capital, ¿un supuesto de sanción privada?...cit., p. 103

aplicarse aquí en toda su extensión la construcción jurídica, sea justificando, sea eliminando la acción típica, que sobre la misma se ha realizado en sede de Derecho Penal<sup>28</sup> y permitiendo también aquí la aplicación de las causas de justificación generales del derecho de sancionador (legítima defensa, ejercicio de un derecho y consentimiento del ofendido, etc.) con las peculiaridades derivadas de la finalidad perseguida por el concreto régimen sancionador impuesto que han de analizarse en virtud de cada una de las infracciones cuya comisión deriva en la imposición de la correspondiente sanción, tal y como veremos a continuación. En especial, requiere mención expresa el consentimiento del ofendido, cuya virtual aplicación tiene dos vías fácticas: una en la previa comisión del ilícito, legitimando el mismo -si es posible disponer del interés tutelado-, al autorizarlo y por lo tanto determinando su adecuación al Ordenamiento; y la segunda a través de la ausencia del ejercicio de la acción que se le reconoce normativamente para perseguir a través de la sanción civil la conducta reprochada que puede implicar, en su caso, una autorización a su comisión, cuando ello sea viable. En este último caso, la ausencia de reclamación por el beneficiario de la pena privada no implica convertir lo ilícito en lícito sino sencillamente la disponibilidad del derecho de crédito, o de la facultad jurídica, que el Ordenamiento ha dispuesto a su favor. Por ello, no estamos ante un consentimiento que determine la conformidad a Derecho de la conducta, pero dado que estamos en supuestos jurídico privados, siempre es factible la disponibilidad del derecho del particular beneficiado por la responsabilidad impuesta, puesto que la norma siempre la legitima bien a través del principio de rogación de parte (daños punitivos o el supuesto previsto en el art. 123 LGSS) o bien a través de la ausencia de ejecución de la sanción impuesta a su deudor.

La voluntad del acreedor de la sanción, en estos supuestos de presuntas o expresas autorizaciones a condonar las sanciones impuestas o a no instar su cobro, no permiten hablar, en puridad, de un auténtico consentimiento que elimine la ilicitud de la conducta típica. Para que el consentimiento opere en estos supuestos eliminando la antijuridicidad –o, incluso la tipicidad-, el interés a proteger con la imposición del deber violado que motiva la sanción tiene que ser de su titularidad. Y, habitualmente, la imposición normativa de la Sanción Civil no se impone en beneficio de uno o varios particulares sino del colectivo o de intereses supraindividuales, en los que el particular,

---

<sup>28</sup> CASADO CASADO, B., “La responsabilidad legal de los administradores de las sociedades de capital, ¿un supuesto de sanción privada?...cit., p. 99 defiende la concepción unitaria de la antijuridicidad.

aún siendo el beneficiado, de las responsabilidades que implican la sanción, por expreso mandato del legislador, carece de legitimidad alguna para consentir la conducta contraria a Derecho que precisamente engendra la consiguiente sanción, si aquella conducta no era ordenada en su exclusivo beneficio.

Las Sanciones Civiles, suelen responder a un deber cuyo cumplimiento se cubre de un interés público y no hay un exclusivo y particular interés jurídico privado a proteger<sup>29</sup>, cuya violación pudiera autorizar el particular, sino uno colectivo o público, cuya protección se acentúa con este instrumento sancionador, de efectos privados, pero con función preventiva, no frente a los beneficiados, sino frente a los intereses defendidos (conductas especialmente reprochables o conductas que afectan a intereses especialmente relevantes). El consentimiento no puede actuar como justificante, *ex ante*, de la infracción punida por el legislador, sino sólo como condonante, a posteriori, de la sanción y en ese caso, no hay un consentimiento al incumplimiento del deber sino al incumplimiento de la responsabilidad, lo que no afecta la antijuridicidad de aquel. Ésta es precisamente la responsabilidad interprivatos, y su nacimiento no depende de la voluntad de estos, sino de la infracción del deber exigido, aunque dicha responsabilidad –obligación pecuniaria-, en que consiste la sanción se extinga por voluntad del beneficiado por ella.

También, como no puede ser de otra manera, se exige, como elemento imprescindible para la imposición de la denominada “sanción civil”, la existencia de culpa, como juicio de reproche al infractor por la violación de la norma<sup>30</sup>, ya que como norma de castigo de una conducta ha de existir un criterio de atribución subjetivo a su autor. En este juicio se tendrán en cuenta los elementos tradicionales del Derecho Penal en este iter analítico del proceso de subsunción de los hechos en la norma, valorando la imputabilidad del sujeto y del elemento volitivo en su actuar (dolo o negligencia). Aunque se ha afirmado que en esta sede de la sanción civil, sólo son relevantes el dolo y la negligencia grave, excluyendo la culpa leve<sup>31</sup>, a nuestro juicio, esta afirmación no cabe extraerse de la propia construcción dogmática de la “sanción civil”. Es cierto,

---

<sup>29</sup> CASADO CASADO, B., “La responsabilidad legal de los administradores de las sociedades de capital, ¿un supuesto de sanción privada?...cit., p. 102 afirma que en los casos de “sanciones privadas” el legislador las impone vinculadas a intereses generales o para proteger intereses particulares con relación directa con preceptos constitucionales.

<sup>30</sup> CASADO CASADO, B., “La responsabilidad legal de los administradores de las sociedades de capital, ¿un supuesto de sanción privada?...cit., p. 100

<sup>31</sup> CASADO CASADO, B., “La responsabilidad legal de los administradores de las sociedades de capital, ¿un supuesto de sanción privada?...cit., p. 102

como veremos a continuación, que en los supuestos que consideramos de naturaleza sancionadora, de *lege lata* (art. 123 LGSS), o de Derecho comparado (daños punitivos), la sanción se aplica sólo cuando existe una culpa de carácter grave, pero ello no es óbice, para que el legislador aplique todo el poder de su *ius puniendi* sobre conductas con ausencia de cualquier grado de diligencia, como de hecho acontece con algunos supuestos penales (imprudencias leves con resultado de muerte) y con la práctica totalidad de los supuestos del derecho administrativo sancionador. Así también ocurre, como veremos en sede de derecho coercitivo, es decir, de la imposición de sanciones como instrumento de fomento del cumplimiento de deberes que sea todavía viable, precisamente porque la diligencia –en parámetros de medición medios– permitiría subsanar la infracción cometida, aunque esta sea por culpa leve. En todo caso, el legislador es soberano para imponer sanciones de carácter civil, ante incumplimientos con culpa leve de determinadas normas. No hay obstáculos dogmáticos ni constitucionales a ello, puesto que únicamente pueden exigir el desvalor de la conducta en sí misma, por ser una violación de los deberes objetivos de cuidado y la imputabilidad del autor, sin necesidad de que la negligencia y la culpa se hayan establecido en grado alguno. Si se puede fundamentar el castigo de la culpa leve en el Derecho penal, *ultima ratio* del sistema, mayores razones tiene para hacerlo y sobre todo admitirlo en las sanciones civiles, siempre que el legislador así lo haya establecido.

Es cierto, por último, que también le deben ser aplicables los principios de presunción de inocencia, interpretación restrictiva y proporcionalidad característicos del Derecho sancionador<sup>32</sup>, sin perjuicio de lo ya referido sobre este último parámetro y la dispensa del legislador para entender los niveles propios de proporcionalidad, en la *ratio* de la norma, a través de la configuración legal de las consecuencias jurídicas. Estamos en presencia de un derecho represivo contra los sujetos y su justificación, en el marco del Estado de Derecho, debe dimanar de la configuración del conjunto de garantías que preside el ejercicio del poder coactivo del Estado, es decir, debe establecerse el concreto ejercicio de las medidas aflictivas que ha de imponerse por el poder público, aunque el beneficiario de las mismas sea directamente un sujeto privado. El *ius puniendi* es único, y el marco de protección frente al mismo no puede alterarse.

---

<sup>32</sup> CASADO CASADO, B., “La responsabilidad legal de los administradores de las sociedades de capital, ¿un supuesto de sanción privada?...cit., p. 104.

## **B. La función del derecho sancionador y la función de la pena.**

El Derecho Sancionador persigue unos determinados fines, a los que se ha de someter el régimen jurídico que los regula. La función permite interpretar la institución y aplicar las normas en virtud de los objetivos pretendidos. Para exponer la función del Derecho Sancionador hemos utilizado la moderna y desarrollada teoría del Derecho Penal en esta materia, con el fin de poder aventurar la función o finalidad de las sanciones civiles al amparo de las construcciones adecuadamente armadas del arquetipo del Derecho Sancionador, que es el Derecho Penal.

En primer lugar, se requiere poner de relieve que para comprender la finalidad del Derecho Penal, es imprescindible diferenciar entre las dos consecuencias jurídicas previstas por el mismo ante la comisión de una conducta típica: la pena y la medida de seguridad. Cuando nos referimos a la función del Derecho Penal, esta se acota porque excluye a las medidas de seguridad<sup>33</sup>. Sólo aquel es estrictamente un Derecho Sancionador que reprocha conductas típicas, antijurídicas y culpables. La sanción opera para prevenir y retribuir a quienes pueden actuar de otra manera y que, por lo tanto, son sujetos con capacidad para controlar la peligrosidad de sus conductas.

La función del Derecho Penal se condiciona, como en cualquier otra de las tipologías del Derecho Sancionador a la naturaleza y fines de las consecuencias jurídicas, en este caso de la pena, pero la función de la institución no se agota<sup>34</sup> en la que ostente el efecto jurídico previsto por el legislador. Así, la sanción no integra sólo el sector del ordenamiento sancionador del que se trate, porque no sólo hay normas secundarias que prevén penas o cualquier otro tipo de consecuencias jurídicas desfavorables. También existen normas que prohíben a los destinatarios realizar las conductas tipificadas o que ordenan actuar para evitar determinados resultados (normas primarias). Es por tanto propósito del Derecho Penal o finalidad última la de tutelar bienes jurídicos, aunque sea con carácter subsidiario<sup>35</sup> respecto del resto del ordenamiento al ser la última ratio de la política social. Esta protección la realiza a través de la motivación que se consigue no ya con la prohibición en la comisión de los delitos sino en la aplicación de la sanción, la pena, sobre aquel que cometa alguno de los actos prohibidos.

---

<sup>33</sup> ROXIN, C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil...*cit., p. 42

<sup>34</sup> MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General...*cit., p. 95

<sup>35</sup> ROXIN, C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, München 1994, 2 auflage, p. 65



En relación con el Derecho Sancionador, y particularmente con el Derecho Penal, debe referirse a la construcción en torno a la determinación de los fines que pretende la pena sobre la conducta prohibida y ordenada, a fin de ponderar su tratamiento, cuando se está en el derecho sancionador de naturaleza jurídica-privada. Las teorías de la pena han evolucionado profundamente desde una concepción puramente retributiva ante la comisión de un delito hasta la existencia de unos fines más utilitaristas como los que otorgan la función de prevenir delitos como instrumento idóneo para la protección e intereses sociales<sup>36</sup>. En esta funciones de suma importancia la prevención general que a través de una coacción psicológica<sup>37</sup> implica un intimidación negativa sobre la posible conducta de los sujetos, con indudables repercusiones sobre los que integran una comunidad de no actuar contra las prohibiciones de la amenaza de la pena<sup>38</sup>. Esa coacción sobre la conducta de los miembros de una sociedad se refleja también una prevención general de índole positivo, afirmando la vigencia del Derecho, o la inviolabilidad del mismo, que permitiera generar unos efectos conductuales de respeto entre los destinatarios de las normas, aunque, sin duda, la prevención general no puede ser el justificante de la pena respecto de aquellos que han delinquido<sup>39</sup>, puesto que la incidencia ha quedado desacreditada por los hechos, lo que nos llevaría al ámbito de la prevención especial como instrumento para evitar la comisión de determinados delitos en el futuro, pero actuando sobre quien ya ha infringido el ordenamiento.

El Derecho Penal es un instrumento del ordenamiento para la protección de determinados bienes jurídicos, que despliega su actuación de manera fragmentaria<sup>40</sup> puesto que sólo protege determinados bienes jurídicos y no todos y no lo hace frente a todos los ataques sino frente a los expresamente contemplados en los tipos penales. Su objetivo lo persigue a través de la prevención general que la intimidación penal y la confirmación positiva del Ordenamiento Jurídico consigue con la imposición de la sanción sobre la generalidad de los destinatarios, sin perjuicio, de la prevención especial que se pretende sobre quien ya ha cometido las conductas prohibidas.

---

<sup>36</sup> MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General...cit.*, p. 77

<sup>37</sup> VON FEUERBACH, P.J.A., *Lehrbuch des Gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen rechts*, 1812 p. 77 y ss.

<sup>38</sup> VVAA., *Curso de Derecho Penal*, Demetrio Crespo y Rodríguez Yagüe (coords.), Madrid 2010, 2ª ed., p. 27.

<sup>39</sup> QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General del Derecho Penal*, Cizur Menor (Navarra), 2010, 4ª ed., p. 103.

<sup>40</sup> ROXIN, C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil...cit.*, p. 65

La pena no es nada más que una reacción de quien ostenta la obligación de preservar un orden y como respuesta ante la violación del mismo. La pena implica un correctivo señalando a la colectividad el camino adecuado que no es otro que el cumplimiento de las pautas marcadas por el ordenamiento jurídico, amparado en la legalidad y en la legitimidad de esa legalidad. Por ello, establecido un elenco de conductas no aceptables, la sanción se impone como reacción a la infracción de la norma, con el fin evidente y directo de hacer preservar la norma, de motivar a su cumplimiento. Quien infringe se somete a la reacción normativa de la pena y sirve de ejemplo para el colectivo, es decir, la demostración de la inadecuación de la conducta y de los efectos para quien viola el mandato se hacen a costa del responsable por haber infringido la norma<sup>41</sup>. Por ello, en el Derecho Sancionador, en general, la función preventiva es el fin esencial para mantener el orden establecido, que se logra a través del cauce punitivo de la pena, que recae sobre quien debió cumplir y no lo hizo. La sanción en el Derecho Penal -al margen de los efectos de prevención especial para evitar que el infractor vuelva a delinquir o para que pueda reinsertarse<sup>42</sup>, obviamente ajenos a este trabajo-, sirve para postular y proteger un modelo de comportamiento deseado por el legislador, en definitiva, puesto al servicio de la protección de determinados bienes jurídicos. La tutela de estos últimos aparece como esencial y a ella se someten los postulados represivos del Derecho Sancionador cuando tipifica conductas y establece consecuencias jurídicas indeseables para quien termine infringiendo el ordenamiento. La prevención general es pretendida por la pena pero la misma es sólo un instrumento para la protección fragmentaria, como se ha indicado, de determinados intereses que a juicio del legislador, merecen esa salvaguardia.

La pena puede acentuar el carácter motivador frente a la colectividad, o el carácter garantista de autoprotección del sistema jurídico, pero en ambos casos su fin es servir de instrumento a una función superior que es la protección de determinados intereses. Esta protección justifica la sanción y el sacrificio de aquel a cuya costa se impone la pena, con independencia de su naturaleza. Quien ha violentado el ordenamiento debe soportar las consecuencias negativas previstas para evitar que, en el caso específico del Derecho Penal, pueda volver a hacerlo, o en todos los supuestos del Derecho Sancionador, los

---

<sup>41</sup> JAKOBS, G., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, traducción por Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, Madrid 1997, 2ª ed., p. 8.

<sup>42</sup> Véase sobre esta cuestión de los efectos sobre el delincuente y las finalidades de prevención especial, MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General...cit.*, p. 84 y ss.

demás no se vean suficientemente motivados a evitar las conductas prohibidas lesionando o poniendo en riesgo los bienes jurídicos a los que se dispensa la protección. Por todo ello, la pena es relevante para poder servir al fin de la institución jurídica sancionadora, pero no es esencial cuál sea su contenido para caracterizar a aquélla. Lo relevante de la pena no es su naturaleza personal o patrimonial, ni tan siquiera su justificación (si únicamente se basa en la idea de la retribución; o se justifica en unos objetivos preventivos, ya sean generales o especiales; o una combinación de todos o algunos de ellos), sino que la misma sirva a la función de tutela jurídica, a la protección de determinados intereses, individuales o colectivos a los que el Derecho debe dispensar, permitiendo el disfrute pacífico que debe garantizar<sup>43</sup>.

La mencionada existencia de la función preventiva y la instrumentalización de la pena para servir y garantizar a los intereses a los que se trata de proteger implican una adecuación y necesaria idoneidad de las sanciones únicamente cuando los intereses a los que debe proteger la pena, en el sector normativo sancionador al que nos refiramos, puedan ser lesionados por un riesgo más o menos relevante o cuando el resultado lesivo acontezca. La sanción pierde su sentido y, con ello, su relevancia, cuando la conducta, aún típica es inidónea para causar un efecto lesivo o generar un riesgo de lesión sobre el interés a cuya protección se dispone del aparato represor que constituye todo Derecho Sancionador. En este sentido es relevante dejar ya referido que sólo las conductas tipificadas, en cuanto supongan no sólo la violación del mandato sino la puesta en peligro de los intereses tutelados, serán merecedoras de sanción. Al Derecho Sancionador sólo le interesan aquellas conductas humanas que impliquen un ataque a los bienes a los que dispensa protección, por lo que ante normas configuradas como meras generalizaciones o integradas por mandatos muy abiertos, con sanciones previstas para su incumplimiento, la sanción sólo podrá ser impuesta, tenga naturaleza pública o privada, ante situaciones, que impliquen, al menos, un riesgo sobre los intereses a los que la norma primaria violada pretendía tutelar, mediante la sanción contemplada en la norma secundaria prevista por el legislador.

Referido lo anterior, conviene entrar a analizar la clasificación de los tipos que se contemplan en el ámbito del Derecho Sancionador, y en particular en el Derecho Penal para poder reconocer las estructuras de imputación de la conducta al tipo en concreto y

---

<sup>43</sup> ORTS BERENGUER, E., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, Valencia 2014, 4ª ed., p. 418 y ss.

así aplicar, en su caso, la sanción prevista. No obstante, reiteremos que, en el ámbito del Derecho Sancionador, existen conductas desaprobadas que pueden requerir o no un determinado resultado pero que en todo caso deben implicar un ataque al bien jurídico o interés protegido, lesionándolo o sometiéndolo a un riesgo determinado y será el ordenamiento el que fije el momento en el que se considera la agresión con relevancia suficiente para la imposición de la sanción.

### **C. Las estructura de imputación**

#### *1. Tipologías y estructuras de imputación. La Teoría del Delito como referente.*

Desde las construcciones dogmáticas del Derecho Penal, que nos sirve de referente, podemos afirmar que, en el Derecho Sancionador, caben conductas que no exijan la producción de un determinado resultado, sino que pueden tipificarse acciones y omisiones que determinan el desvalor en un mero actuar, sin que de esa conducta se produzca un resultado posteriormente, separado espacio-temporalmente de aquellas<sup>44</sup>. El desvalor proviene del riesgo generado, en su caso, sobre el bien o interés de relevancia jurídica.

La tipología de las conductas, susceptibles de sanción, por su desvalor, pueden clasificarse en función de los efectos externos que produce en terceros o en la sociedad en genera, pero también se pueden ordenar en virtud de la naturaleza, activa u omisiva, de la conducta del sujeto cuyo actuar se enjuicia.

En primer lugar, puede darse tipos de mera actividad, que se tipifican con una mera ejecución de una acción prevista, sin que como hemos referido conlleven un resultado determinado imputable a la misma pero que genera o agrava un determinado riesgo lesivo para los intereses a tutelar con la norma sancionadora prevista. Si existe un resultado lesivo, imputable a esa conducta, ello será irrelevante salvo que el ordenamiento haya contemplado dicho supuesto como un mecanismo para agravar o modificar la sanción correspondiente, todo ello, sin perjuicio, del efecto indemnizatorio que puede acarrear sobre el infractor la imputación, en su caso, del resultado generado.

---

<sup>44</sup> Seguimos la exposición sobre la clasificación de los tipos en el Derecho Penal, de OBREGÓN GARCÍA, A., y GÓMEZ LANZ, J., Derecho Penal. Parte General: elementos básicos de teoría del delito, Madrid 2012, p., 81 y ss.

Entre los tipos de infracciones que no exigen la producción de un resultado también podemos incluir a los tipos de omisión en los que la abstención de realizar una acción exigida para reducir o eliminar un peligro para los intereses tutelados implica un desvalor y la consiguiente sanción al abstenerse de realizar una conducta que afectaría reduciendo o evitando un riesgo para aquellos. Nuevamente el que el riesgo termine realizándose o no, o se realice de manera más atenuada es irrelevante para la imposición de la sanción, salvo tipicidad en la determinación de las reglas para su imposición.

Además de los anteriores tipos o conductas que pueden configurarse en el Derecho Sancionador, están los supuestos que sí exigen un resultado determinado, es decir además de realizar una determinada acción está ha de comprender también un efecto lesivo para los intereses tutelados que está separado espacio-temporalmente de aquella acción y que es atribuido a la misma, no sólo causalmente sino normativamente. Estos tipos pueden ser realizados por una acción que inicia o agrava el curso causal de un riesgo que termina siendo lesivo y a los que se viene denominando en la terminología del Derecho Penal como tipos de resultado comisivo. En estas conductas el resultado lesivo y su imputación a la acción es un elemento constitutivo de la infracción por lo que el mero incremento de un riesgo sin lesión no acarrea infracción y con ello no deviene la sanción. La existencia de ese efecto lesivo que hace suyo, por la imputación, el infractor implicará, en su caso, la asunción de la obligación indemnizatoria, si el interés es particular y por tanto indemnizable para permitir la reparación del interés de la víctima. Esa reparación no afecta a la obligación del infractor de soportar la pena por la conducta desarrollada<sup>45</sup>. Lo contrario enervaría los efectos preventivos generales de la sanción y con ello desafectaría del bien jurídico la protección establecida. Sanción e indemnización son esferas divergentes<sup>46</sup>, con contenido y fines distintos aunque puedan aplicarse de manera acumulada en algunos supuestos.

Además de los tipos comisivos, en el marco de los tipos que exigen un resultado lesivo sobre los intereses a los que la norma sancionadora tutela, están los tipos de resultado comisivo o conocidos en el ámbito del Derecho Penal como tipos de “comisión por omisión”. El infractor omite, o se abstiene de realizar, una acción que le

---

<sup>45</sup> Sin perjuicio de que opere como atenuante de la pena, ex post facto, la posible reparación del daño ocasionado, como acontece en el Derecho Penal español (art. 21. 5º CP). Sobre ello, véase ORTS BERENGUER, E., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Compendio de Derecho Penal. Parte General....cit.*, p. 486.

<sup>46</sup> YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad Civil Extracontractual. Parte general*, Madrid 2015, p.. 23 y ss

era exigible no ya para reducir o evitar un riesgo sino para evitar la lesión. El resultado causado se le imputa jurídicamente al omitente cuando, como veremos posteriormente, se dan determinados presupuestos entre los que destaca la denominada posición de “garante” que implicaba un especial deber jurídico de impedir ese resultado finalmente acontecido. Al igual que con los supuestos de resultado comisivos, el garante debe, en su caso soportar la lesión del daño producido sobre el interés individual lesionado sin que ello afecte a la sanción prevista en la norma por haber infringido el mandato de protección específico indicado por el legislador en la norma sancionadora. Y, por último, se encontrarían, en el seno también de la conducta omisiva, los tipos de omisión de un deber, o de omisión pura, que se desvaloran porque hay un incumplimiento de un deber que se exige para controlar un determinado riesgo de relevancia para el ordenamiento en relación con un bien o interés jurídico a proteger. La abstención de la conducta exigida implica ya, aún la ausencia de resultado lesivo alguno, el incumplimiento del deber preestablecido.

En consecuencia con todo lo dicho, conviene destacar ya que la imposición de la pena en todo el Derecho Sancionador no va ligada, necesariamente, a la generación de ningún resultado lesivo, bastando la generación o agravación de un riesgo sin necesidad de que el efecto lesivo si acontezca. Por ello, consideramos que la pena es independiente y autónoma, en su caso, del menoscabo efectivo sobre los intereses a los que la norma sancionadora brinda protección. Las sanciones, incluidas las civiles, sólo establecen la protección de determinados intereses y esa tutela la dispensan con la consecuencia negativa específicamente prevista, que no es la reparación del daño, sino la pena, ante el incumplimiento de la conducta típica, antijurídica y culpable. Son los elementos del tipo los que determinaran qué conductas son ilícitas y, entre esos elementos, la generación de un determinado resultado lesivo y, por tanto susceptible de indemnización, no es un presupuesto necesario.

## *2. Los tipos de resultado. La evolución en el Derecho Penal: del sistema causalista al sistema finalista y su incidencia en la imputación objetiva.*

La estructura de imputación en los tipos de resultado mantiene una especial complejidad por la atribución del resultado típico. La actual configuración en el

Derecho Penal, y que se ha hecho extensible parcialmente al Derecho Civil, deviene de la separación entre el aspecto causal y o la atribución de hecho y la necesidad de un plus valorativo o atribución jurídica del resultado que se contempla en la imputación objetiva. Es decir, para atribuir el resultado típico, además del elemento físico de la causalidad, se exige el elemento normativo de la imputación.

La existencia de una relación causal, como presupuesto de la responsabilidad, se otorga relevancia a la existencia de una relación de causalidad física analizada desde la perspectiva natural. A estos efectos se vienen utilizando diversas teorías como la de la condición, que implica conectar el resultado con todas aquellas condiciones que han intervenido en el proceso de generación del efecto lesivo, con independencia de la intensidad de unas y otras causas o de su proximidad temporal al resultado acontecido. La teoría causal ha tenido una posición esencial en el Derecho Penal y, así, el tipo existía en los delitos de resultado, si podía acreditarse la existencia del nexo de causalidad entre la acción y la omisión. La acción, como hecho natural producía una alteración o modificación en el mundo exterior. Por tanto, la causalidad basada en una relación causa-efecto implica atribuir, por conexión fáctica un resultado con una acción, aquella que lo causa. Pero el gran problema de la teoría del causalismo, es la incertidumbre a la hora de determinar, entre todas las causas de un resultado, cuál de todas aquellas que han estado interviniendo y afectando en el curso causal, termina por producir el efecto correspondiente. A ello, vino a dar respuesta la teoría de la condición<sup>47</sup>. Esta teoría, conocida también como teoría de la *condicio sine qua non*, estableció que toda condición se considera equivalente al resto puesto que todas han contribuido a la producción del resultado, es decir, la causa de la causa es causa del mal causado. La aplicación de esta teoría es fácilmente aplicable ya que la condición actúa como criterio de atribución del resultado realizando un sencillo proceso mental. Si se suprime la causa y el resultado desaparece, entonces estamos ante la causa del resultado y si el resultado subsiste, aquella no sería la causa del resultado<sup>48</sup>. La teoría es un referente en el Derecho Penal y Civil pero no es un instrumento seguro puesto que no determina, en el amplísimo elenco de causas que pueden generar un resultado, cuál de ellas es la relevante. La supresión mental de una causa que conllevara la desaparición

---

<sup>47</sup> VVAA., *Curso de Derecho Penal..cit, p., 225*

<sup>48</sup> POLAINO NAVARRETE, M., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, tomo II, Madrid, 2013, p. 77.

de l resultado conlleva una amplísimo abanico de hechos subsumibles en el ámbito de la causalidad de un efecto determinado.

Hemos de partir de una premisa y es que lo que no es causa de un resultado conforme a los conocimientos lógico-científicos no puede serlo a los efectos del Derecho Penal<sup>49</sup> (o del Derecho Sancionador) o del Derecho Civil pero no debemos confundir el aspecto natural, ontológico o fáctico, del aspecto normativo que es el que rige en el Derecho. Es decir, no todo lo que es en el mundo del ser lo es en el mundo del deber ser<sup>50</sup>.

Una mayor especificidad introdujo la teoría de la adecuación, que implicó seleccionar entre las causas físicas aquella a la que se le otorga relevancia por ser adecuada para generar el resultado, en función de la probabilidad de que el mismo acontezca. Esa previsibilidad se puede valorar objetivamente en función de parámetros objetivos de valoración para un observador ajeno y externo que valorará qué se podía saber razonablemente y cuál era, según la experiencia, el curso causal esperable<sup>51</sup>. También cabría una modalidad subjetiva que analizará la adecuación en virtud de los conocimientos y experiencias propias del sujeto cuya conducta se analiza. Lo relevante de la teoría de la adecuación es que restringe la condición con relevancia jurídica como causa del resultado a aquellas que normalmente conllevan a realizarlo. Es decir, la probabilidad o previsibilidad objetiva (o, en su caso, del concreto sujeto) es el elemento idóneo para valorar la imputación del efecto a una determinada causa, en función de una valoración del hombre prudente que situado ante una misma acción, en las mismas circunstancias y con los mismos conocimientos que se tenían, o debían haber tenido, era muy probable o previsible, objetivamente (o subjetivamente, en su caso) que el resultado aconteciera<sup>52</sup>. Sigue siendo una teoría que introduce elementos valorativos, aún con carácter objetivo, pero que para el Derecho Penal, que pretende objetivos normativos de regulación de conductas -sólo aquellas con relevancia Penal, lo que es equivalente afirmación cabe para el Derecho Sancionador-, no termina de precisar a qué conducta se le ha de atribuir la producción del resultado porque no otorga relevancia

---

<sup>49</sup> ORTS BERENGUER, E., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Compendio de Derecho Penal. Parte General...*, cit., p.248

<sup>50</sup> POLAINO NAVARRETE, M., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, tomo II, Madrid, 2013, p. 78

<sup>51</sup> POLAINO NAVARRETE, M., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, tomo II, Madrid, 2013, p. 79

<sup>52</sup> VVAA., *Curso de Derecho Penal...*, cit., p., 229



normativa<sup>53</sup> a la conducta en sí misma, sino a las probabilidades de que genere el resultado lesivo.

Los problemas del causalismo, se reflejan ya en la propia concepción de la acción que derivaron en la evolución de la dogmática penal hacia el concepto del finalismo<sup>54</sup>, que si bien afectan en una nueva construcción del elemento acción en el tipo, terminan afectando, como veremos posteriormente, a todos los elementos de la estructura de imputación. El finalismo considera la acción del sujeto claramente diferenciada del azar, de los procesos fortuitos, en la existencia de una voluntad que guía su acción humana y que le permite prever los resultados de sus acciones, lo que puede asociarse a la motivación de su conducta, es decir, la acción es una actividad finalista, o como se dijo por su creador “la causalidad es ciega pero la finalidad es evidente”. Ello implica una subjetivización de todo el proceso de imputación, desde la propia tipicidad hasta la antijuridicidad que va a modular todos los elementos del Derecho Penal y con ello de todo el Derecho Sancionador. Si en la subsunción de la conducta en el tipo ya tenemos que valorar el elemento subjetivo, desvalorándola ab initio, se va a afectar a ambas categorías.

El Derecho Penal ya no es un proceso que va de lo objetivo al reproche, que parte de una mera descripción de los elementos del tipo sin desvalor de la conducta a su autor, sino que se transforma en un proceso que ya, desde la propia tipicidad, contiene elementos subjetivos, es decir, un reproche a la propia acción que sólo es penalmente relevante cuando en su finalidad ya contiene reprensión a la propia conducta en sí misma, con independencia de la que finalmente se termine desvalorando al autor. Lo relevante es que cuando las normas secundarias establecen los tipos penales que integran los mandatos o las prohibiciones, el legislador lo hace pensando en una conducta, que no es un mero proceso causal, sin intención o voluntad, sino que todo viene impregnado de la existencia de una acción final humana que permite distinguir qué acciones son relevantes para la norma porque sólo la finalidad permite dar sentido al proceso causal<sup>55</sup>.

La construcción finalista implica un efecto, sobre el que nos referimos a continuación, que separa, a nuestro juicio, ya de una manera absoluta, al Derecho

---

<sup>53</sup> VVAA., *Curso de Derecho Penal..cit.*, p., 228

<sup>54</sup> WELZEL, H., *Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts in seinen Grundzügen*, 1944.

<sup>55</sup> MUÑOZ CONDE, F., *Teoría general del Delito*, Valencia 2007, 4ª ed., p. 25 y ss.

Sancionador de la Responsabilidad Civil, en cuanto que el objetivo analítico del primero es la acción típica, antijurídica y culpable, que causa, con relevancia normativa, un resultado. Mientras que con la segunda lo que se pretende es atribuir el daño a aquel que causó, sin justificación, el efecto lesivo, es decir, quien sometió a sus riesgos (aún lícitos) intereses jurídicamente protegidos ajenos, que fueron finalmente lesionados.

El efecto al que nos referimos es la inclusión en el tipo penal (y por ende, en la estructura del Derecho Sancionador), de la finalidad perseguida por el sujeto que se integra en el concepto de acción. Es decir, con la construcción clásica del tipo, basada en el causalismo, la acción se integraba por los elementos objetivos (acción, resultado y nexo causal) y se trasladaba a la culpabilidad la imputabilidad, las formas de culpabilidad (el dolo o la culpa) y la exigibilidad de la conducta diferente a la realizada, Mientras que con el finalismo, el elemento subjetivo se incorpora al injusto de la acción tipificada y, por ello, el dolo o la culpa ya no se retrasan, en su análisis, al momento de la culpabilidad sino que se anticipan en la tipicidad, junto a los elementos objetivos restantes. En la culpabilidad sólo queda la imputabilidad y la exigibilidad de una conducta alternativa<sup>56</sup>. La inclusión del elemento subjetivo en la conducta típica, cuya pretensión de motivación conlleva el Derecho Sancionador en general, implica restringir el ámbito de la tipicidad habilitando un elenco de conductas lesivas del bien jurídico, pero irrelevantes para imponer la sanción al carecer de tipicidad y con ello de antijuridicidad, fundamentalmente porque la conducta sólo será típica si yace en ella ya un reproche al incluir el referido elemento subjetivo (sea el dolo o la violación del deber objetivo de cuidado). Pero lo más relevante de este cambio estructural está, en términos prácticos, en lo que va acontecer posteriormente en la dogmática penal sobre la construcción en imputación del resultado. Y ello se va a hacer notar en la construcción de la imputación actual de la responsabilidad civil, cristalizando en una desviación de la debida aplicación en esta última que tiene, como creo que ya hemos acreditado, fines muy diversos de los pretendidos por el Derecho Sancionador. No obstante, este problema pertenece al ámbito de la denominada imputación objetiva al que nos remitimos y que será analizado posteriormente. Es decir, trasladar el elemento subjetivo a la tipicidad supone impregnar todo el tipo, incluyendo la imputación del resultado, de

---

<sup>56</sup> Sobre ello puede verse JAKOBS, G., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, p. 153 y ss.; ROXIN, C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre..cit*; en el Derecho español, por todos, QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General del Derecho Penal..cit.*, p. 327 y ss.

un desvalor por la conducta no autorizada. Esta construcción puede justificarse en el Derecho Sancionador, puesto que el propósito de éste es evitar conductas ilícitas, motivando al cumplimiento normativo. Sin embargo, no está tan claro que una situación similar –incorporar el desvalor de la conducta- deba ser igualmente aceptado en sede Responsabilidad Civil.

Debe indicarse que, sin obviar su importancia, la concepción finalista ha sido dogmáticamente abandonada, fundamentalmente por su incapacidad para satisfacer las construcciones de los delitos culposos o imprudentes ya que la voluntad del sujeto no está dirigida a la comisión del delito tipificado, así como tampoco permite acomodar la finalidad de la acción a los delitos por omisión ya que quien omite no es causa del resultado y por ello no tiene voluntad final sobre curso causal, puesto que lo que la Ley le ordena, en su caso, a quien omite es intervenir para evitar el resultado que se producirá al margen de su actuación<sup>57</sup>.

En un nuevo paso en la evolución en relación con el concepto de acción típica, pero ya siempre incluyendo los elementos subjetivos en el tipo, se postula una nueva construcción dogmática, que delimita la acción bajo un concepto funcional<sup>58</sup>. Esta posición implica hacer de la acción un elemento del tipo y en cuanto lo es tiene relevancia para la función del Derecho Penal, pero la acción no necesita ser descrita bajo procesos de consciencia de la voluntad dirigida a un fin sino que la acción es relevante en cuanto se incluye en el tipo para evitar que el sujeto realice el resultado no deseado por el Ordenamiento. Es decir, la acción también ha sufrido un proceso de normativización, porque lo importante es lo que es relevante para el Derecho Penal (no importa la causalidad de la acción o la finalidad pretendida). A partir del funcionalismo, se construye una imputación del resultado que está basada sobre una teoría de roles sociales que cada uno ostenta y que implica un principio de apariencia externa frente a los demás y un aspecto interno que implica un conjunto de derechos y obligaciones derivados de ese rol. Por ello, cuando alguien infringe su rol defrauda sus expectativas sociales, incumple con su acción lo que le era obligado lo que permite determinar qué acciones no deben esperarse de cada sujeto en función de su rol. Violentar el rol, el papel que identifica la posición de cada sujeto en la Sociedad, determinará la

---

<sup>57</sup> ROXIN, C., Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre..cit.

<sup>58</sup> JAKOBS, G., “La imputación penal de la acción y de la omisión”, *Cuadernos de Conferencias y Artículos* n° 12, 1996, Universidad Externado de Colombia, traducc. de Sánchez-Vera Gómez-Trelles

responsabilidad porque esa infracción implicará la imputación penal. La existencia del rol y su quebrantamiento determinan la relevancia de la conducta y legitima la imputación de la pena porque además de no asumir la competencia atribuida ya quebrado las expectativas que el resto tenían en él. Por tanto, el rol da un límite de responsabilidad pero configura los deberes de actuación y permite normativizar la conducta en función del deber ex ante que tenía el sujeto frente al resto. Por tanto, la imputación del resultado lesivo, ya no se hará en función de la causalidad, ni tan siquiera en virtud de la conducta finalista desarrollada sino en razón de un criterio configurado sólo en base a un criterio normativo, como es la infracción de la posición ocupada en la sociedad de la que dimanen los correspondientes deberes. Sólo se es responsable si infringes tus deberes, pero si lo haces y a raíz de ello se producen efectos lesivos, tendrás que asumirlos no por causarlos, no en función de tu voluntad lesiva o no, sino como imputación a tu quebrantamiento del deber exigido y de las expectativas de la sociedad, en el desempeño del papel que la norma te asigna<sup>59</sup>.

La tipicidad de los supuestos sancionables ha ido acumulando, durante su evolución, un claro carácter subjetivo en su construcción en general, puesto que al traer ese elemento (dolo o culpa), ya desde la construcción finalista de la acción, no es necesario llegar a la culpabilidad para hacer el reproche sino que este, al menos en cuanto a la acción (el desvalor de la conducta) se produce desde el propio análisis del tipo, lo que implica ya una valoración y no una mera descripción neutra de sus elementos. Esto es especialmente relevante en dos puntos, que aquí sólo dejamos reseñados y a cuyo examen posterior nos remitimos, y que se refieren, por un lado a la atribución normativa de un resultado a una determinada conducta (si no se puede afirmar la infracción del rol, y con ello reprochar la conducta por coincidir con la tipificada, a pesar de la causalidad, el resultado no sería imputable jurídicamente al sujeto causante sino al mero azar<sup>60</sup>) y, por el otro, a la posición de la culpa en la estructura de imputación, derivado no sólo del análisis de la acción sino, como acabamos de referir, del propio examen de la atribución del resultado.

---

<sup>59</sup> JAKOBS, *La competencia por organización en el delito omisivo*, 1994, Bogotá, traducc. de Peñaranda Ramos, p. 11 y ss.

<sup>60</sup> JAKOBS, G., *La imputación objetiva en Derecho Penal*, Madrid 1996, traducción de Cancio Meliá, M., p. 91 y ss., afirma, al fundamentar la imputación objetiva en la existencia de unos roles –los sujetos no tienen que evitar todos los daños posibles- que se atribuyen a los seres humanos, sólo se permite atribuir a quién ha quebrantado el rol adjudicado los sucesos que acontezcan a raíz de ello –sólo el portador del rol sobre el que se ha producido una desviación debe responder de ello-. En su virtud, de no haber violación de los roles atribuidos, los sucesos se atribuirán a la desgracia.

## **II. LA NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DESDE LA PERSPECTIVA DE SU EVOLUCIÓN HISTÓRICA.**

### **A. El origen de la Responsabilidad Civil en el Derecho Romano. La función represiva de la conducta del causante.**

Los orígenes de la responsabilidad civil pueden encontrarse en el Derecho Romano, aunque de una forma bastante diferente a su configuración actual. En el Derecho Romano la condena civil va a estar siempre influenciada por la idea de pena, sin llegar a considerarse como una mera indemnización<sup>61</sup>. Ello va a permitir explicar el estado de la responsabilidad en aquella época, considerando que los daños perseguibles sólo van a ser aquéllos que derivan de los delitos públicos o de los delitos privados.

Hemos de situar el primer antecedente de la responsabilidad civil en las XII Tablas, siglo V a.C., concretamente en las número VIII y IX referentes a los delitos y al procedimiento criminal, donde la sanción consiste en una sanción pecuniaria, frente a la tradición hasta entonces existente, que consistía en la pura venganza, cuyo beneficiario no es el Estado, sino la víctima, recogiendo, como alternativa la ley del talión<sup>62</sup>. Esta sanción pecuniaria, aunque es sustitutiva de la venganza corporal, sigue siendo una muestra del mismo espíritu vengativo<sup>63</sup>, ya que es el particular el interesado en su

---

<sup>61</sup> MAZEAUD Y TUNC, Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil delictual y contractual. Tomo I, Volumen I, p. 38. Traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires, 1961. Ediciones Jurídicas Europa-América. En el mismo sentido, VINEY, en *Traité de Droit Civil*, dirigido por JACQUES GHESTIN, TOMO IV, pag. 5, PARIS, 1982, LGDJ, quién afirma que jamás se distinguió completamente la pena de la reparación, y VINEY, en *Traité de Droit Civil*, Introduction a la Responsabilité, Paris 1995, 2ª ed., págs 6 y ss. Ver, entre nuestra doctrina TORRENT, ARMANDO, Manual de Derecho Privado. ZARAGOZA, 1987. 1ª Edición, p. 495, quien afirma claramente que la poena que se imponía al delincuente para que pagara al ofendido no era considerada “como reparación del delito, sino como castigo impuesto al delincuente, y en este sentido resplandece su función de poena privada”.

<sup>62</sup> TORRENT, ARMANDO, Derecho Público Romano y Sistema de Fuentes. ZARAGOZA, 1988. 4ª Edición, p. 132. Señala MARTÍNEZ SARRIÓN, Angel, La evolución del derecho de daños, p. 24 y ss., en Derecho de Daños, Jornada coordinada por Ribó Durán, celebrada en Barcelona el 12.12.91. BARCELONA, 1992. BOSCH, la importancia que suponen las XII Tablas, puesto que “Si en un comienzo el Talió llevaba a la composición, en estos estadios de evolución, sólo cuando intentada la composición no se consigue, es cuando a manera de remedio supletorio, que a su vez actúa de instrumento conminatorio, se dispone imperativamente la aplicación del Talió”.

<sup>63</sup> Para MARTÍNEZ SARRIÓN, Angel, La evolución...cit, p. 24 y ss., la propia Ley del Talió supuso la desaparición de la idea de venganza puesto que la pena solo recaería sobre el causante del daño, y se da una parificación del daño causado con el que debe soportar el causante. Por ello, aunque al Ley del Talió suponga duplicar el mal sin beneficiar a nadie, supone un instrumento para “restaurar la paz quebrantada”.

persecución, porque es él quién se beneficia de la condena, permitiendo sustituir la venganza primitiva por una composición pecuniaria entre las partes, pero sin que tuviera naturaleza indemnizatoria, sino meramente sancionadora. Prueba de ello, es que sólo se tienen en consideración los delitos dolosos<sup>64</sup>, lo que implica que sólo cuando hay voluntad de obtener un resultado no consecuente con el ordenamiento, es cuando se aplica la norma, o bien la ley del talión o bien la composición económica<sup>65</sup>. En definitiva, en el derecho romano nunca se distinguió de manera nítida la pena de la reparación<sup>66</sup>. Posteriormente los supuestos que dan lugar a una sanción pecuniaria a favor del perjudicado se van ampliando, pero no hay una regla, un principio, por el que se determine la obligación de indemnizar los daños causados<sup>67</sup>. Como ha recogido la doctrina<sup>68</sup>, la actividad del legislador, recogiendo unos supuestos como generadores de responsabilidad, se produjo para acabar con la venganza corporal, sustituyéndola por una suma de dinero, pero siempre procedió por casos particulares.

En el Derecho Romano, entre los actos que originaban obligaciones se incluían los denominados “delicta”<sup>69</sup>, que se separaban de los “crimina”, éstos con un marcado interés público en su persecución. Entre aquéllos, en la época clásica, se incluía cuatro figuras, el furtum, la rapina, la iniuria y el damnum iniuria datum. Estos supuestos de “delicta”, acarreaban consecuencias que se movían en el terreno de la sanción, y por ello se daba la intransmisibilidad pasiva y activa<sup>70</sup>, y no existía naturaleza reparadora en la cantidad a pagar, puesto que en ocasiones se condena al doble, triple o cuádruple del daño causado<sup>71</sup>. La “iniuria”, era la que constituía el grupo de delitos menores contra las personas, que permitían al particular ofendido actuar contra el delincuente, primero a través de la venganza privada y posteriormente a través de la composición. La iniuria es siempre un delito intencional, que requiere del dolo como elemento constitutivo de la

---

<sup>64</sup> TORRENT, ARMANDO, Derecho Público....cit. p. 132.

<sup>65</sup> TORRENT, ARMANDO, Derecho Público... cit., p. 133, opina que ya en las XII Tablas había una inclinación hacia la composición económica frente a la ley del talión, composición que en muchos supuestos venía establecida por la propia norma.

<sup>66</sup> VINEY, G., *Traité de Droit Civil. Introduction à la responsabilité*...cit, p. 7 y ss..

<sup>67</sup> VINEY, en *Traité de Droit Civil. Introduction à la responsabilité* ....., cit. p. 8 y ss..

<sup>68</sup> MAZEAUD Y TUND, Tratado....., cit. Pag. 39.

<sup>69</sup> TORRENT, ARMANDO, Manual, p. 496, quién afirma la consideración privatística que de ellos se tenía en Roma, que en un principio fueron dejados a la venganza de los particulares y posteriormente con la intervención del estado, imponiendo la composición pecuniaria privada.

<sup>70</sup> TORRENT, ARMANDO, Manual...cit, p., 497, recoge como la intransmisibilidad activa es una secuela de la época republicana, que se fue atenuando en época clásica, permitiendo su transmisibilidad para un pequeño grupo de acciones, salvo las que se encontraban muy próximas a los principios de la venganza.

<sup>71</sup> TORRENT, ARMANDO, Manual...cit, p. 498.

obligación que recae sobre el delincuente, lo que exonera a lo locos y los menores<sup>72</sup> y cuyo objeto era siempre la imposición de una pena privada que se imponía en función del perjuicio pecuniario producido<sup>73</sup>. Y el “damnum Iniuria Datum” que procede de la Lex Aquilia, aproximadamente del siglo III a.C., establecía una arcaica responsabilidad indemnizatoria –en su primer capítulo- cuando se mate injustamente un esclavo, cuadrúpedo o res ajenos<sup>74</sup>. El ejercicio de la actio legis Aquiliae sigue siendo una acción penal privada, que supone la condena a pagar una cantidad, pero en concepto de pena<sup>75</sup>.

En la citada Lex Aquilia se contenía otra norma –en su capítulo tercero- que ampliaba la posibilidad indemnizatoria a cualquier supuesto en que se infligía con iniuria daño a una cosa de otro. Destaca en esta norma que la cuantía fijada como pena no consiste en su valor, sino en el perjuicio económico efectivo causado por el delito, referido a los treinta días anteriores<sup>76</sup>. Por otro lado, en los daños causados por los animales, se hacía responder a quién hubiese tenido culpa, asimilando la negligencia en la custodia y la falta de destreza o de plena capacidad en su manejo<sup>77</sup>. Con la actividad pretoriana y de los juriconsultos, que querían dar a la víctima algún recurso en aquéllos casos no previstos en la Ley, se fueron ampliando los dos supuestos referidos en el sentido de ampliar los daños resarcibles, así como la legitimación para ejercitar la acción.

La ampliación de los daños resarcibles se llevó a cabo a través de una extensión de la figura del “damnum iniuria datum”, que requiere la existencia de iniuria –daño que no sea conforme a derecho, no quedando sometido a la Lex Aquilia quién produce el daño ejercitando un derecho propio o quién actúa en legítima defensa o en estado de necesidad- y que tiene un ámbito sobre los daños causados a las cosas. En este supuesto, aunque en principio se requiere un nexo causal visible, es decir, una indiscutible imputación subjetiva<sup>78</sup>, luego se acepta cualquier producción culposa del daño, de donde derivará la máxima “In lege Aquilia et levíssima culpa venit”. En estos supuestos

---

<sup>72</sup> TORRENT, ARMANDO, Manual...cit, p. 502.

<sup>73</sup> Díez-PICAZO, L., *Derecho de daños* ...cit., p. 69.

<sup>74</sup> Díez-PICAZO, L., *Derecho de daños* ...cit., p. 68 recoge como era exigible que el daño no fuera conforme a Derecho.

<sup>75</sup> TORRENT, ARMANDO, Manual...cit, p. 504.

<sup>76</sup> TORRENT, ARMANDO, Manual...cit, p. 504.

<sup>77</sup> Díez-PICAZO, L., *Derecho de daños*..., cit., p. 69.

<sup>78</sup> Frente a esta opinión, CONCEPCION RODRIGUEZ, José Luis, *Derecho de Daños*, pag.18, Barcelona, 1997, BOSCH, quién afirma que la Lex Aquilia tenía una finalidad resarcitoria y “el fundamento de la responsabilidad del causante del daño era la culpa en cualquiera de sus grados”.

se requería un acto positivo, y sólo se aceptan las omisiones en supuestos concretos y determinados.

Posteriormente, se aplicaron analógicamente los principios de daños a las cosas a las lesiones corporales a las personas, requiriéndose la existencia de culpa, pudiéndose reclamar los daños sufridos pero no así el *pretium doloris*. También se hizo responsable a quién tuviera culpa en los daños causados por los animales, aunque se amplía ese concepto de culpa al bastar la negligencia en la custodia o falta de destreza en su guía o monta.

Termina por darse la acción de dolo, cuando se trata de daños patrimoniales distintos de la destrucción o quebrantamiento de cuerpos, que exige se obre con dolo para resarcir el daño. Este supuesto, supuso el establecimiento de un principio de reparación de todo daño causado<sup>79</sup>, un principio de generalidad de la responsabilidad, bajo la exigencia del presupuesto intencional en el causante. Con el fin de generalizar la responsabilidad, los juriconsultos distinguieron “*damnum*” como atentado material contra una cosa, de “perjuicio” como daño sufrido, por lo que la ausencia del segundo impedía la reparación. A pesar de su intento, no consiguieron establecer el principio de que todo perjuicio fuera reparado<sup>80</sup>, ya que en contra estaba el argumento de que la Ley sólo se refería a casos concretos. La *Lex Aquilia* era una norma para supuestos concretos, de la cual no cabía ni cabe inferir ningún principio indemnizatorio de carácter general.

En relación con el elemento “culpa”, parece que en la edad más antigua se dio una concepción bastante primitiva en su configuración<sup>81</sup>. En esa época la pretensión del legislador era eliminar la venganza personal, y para ello el daño debía ser indemnizado con independencia de la culpa del agente<sup>82</sup>, dándose una preocupación mayor por el perjuicio causado que en la conducta del causante. Se derivaba la voluntariedad del simple nexo causal objetivo, apareciendo la culpabilidad típicamente como algo obvio, haciendo inútil la investigación sobre su existencia o no<sup>83</sup>.

---

<sup>79</sup> MAZEAUD Y TUND, Tratado....., cit. Pag. 41.

<sup>80</sup> MAZEAUD Y TUND, Tratado....., cit. Pag. 40.

<sup>81</sup> BETTI, E., *Istituzioni di Diritto Romano*, I, pag. 239.

<sup>82</sup> MAZEAUD Y TUND, Tratado....., cit. Pag. 42.

<sup>83</sup> DIEZ-PICAZO, Luis. *Derecho*...., cit, p. 70. TORRENT, ARMANDO, *Manual*...cit., p. 505, refiere como para los clásicos culpa se utiliza para indicar el nexo de causalidad entre la actividad del agente y el daño, en función de que esa “actividad es reprobable en razón de las circunstancias objetivas en que se



La primera aparición de un concepto similar al de la culpa, en su concepción actual, aparece con la exoneración de los niños y los locos, para los que no cabría la venganza por su falta de razón<sup>84</sup>, produciendo con el transcurso del tiempo la idea de que su impunidad es porque no han incurrido en culpa<sup>85</sup>. La culpa, no era exigida inicialmente en la Lex Aquilia, puesto que sólo exige que el daño sea causado sin haber derecho a ello, empieza a aparecer en las interpretaciones de esta Ley por los juriconsultos de fines de la República<sup>86</sup>, tomando injuria como sinónima de culpa<sup>87</sup>. Además, cuando empieza a utilizarse el concepto culpa, es estimable cualquier género de culpa, por lo que únicamente el autor del daño va a quedar exonerado de responsabilidad si su conducta es absolutamente irreprochable, si no existe ni la culpa más leve<sup>88</sup>. También se produjo un avance en estas consideraciones y se fue restringiendo el concepto de culpa necesaria para exigir responsabilidad. Con los juristas clásicos se elaboró una noción de imputabilidad argumentada solo sobre la relación objetiva entre el hecho y la lesión, heredera de esa concepción primitiva. Y es a partir de los clásicos cuando aparece la culpa como inobservancia de deberes de prudencia que incumben a cada uno, perfeccionando el concepto en la doctrina de los daños contractuales, al entenderes como “desviación de un abstracto, ideal criterio de conducta constituido por un cierto grado de diligencia”<sup>89</sup>. No hay que olvidar la relatividad del concepto de culpa, que no debe confundirse con el de negligencia, ya que aquélla sólo se dará según cual sea el estado de los intereses en que se produzca el hecho<sup>90</sup>.

Junto a los llamados delitos, la doctrina postclásica y el Derecho Justiniano sitúan otros supuestos, también causantes de responsabilidades pecuniarias, denominados cuasidelitos: cuando el Juez falta a sus deberes de juzgador; cuando tiene en un edificio cosas colgadas o suspendidas, y puedan causar daños, prescindiendo de la

---

encontraba el agente”.

<sup>84</sup> LEPOINTE Y MONIER, Les obligations en droit romain et dans l’ancien droit français, citado en MAZEAUD Y TUND, Tratado....., cit. Pag. 42.

<sup>85</sup> MAZEAUD Y TUND, Tratado....., cit. Pag. 42.

<sup>86</sup> FLINIAUX, Cours de droit romain de 2e année, dictado en París, 1928-1928, citado en MAZEAUD Y TUND, Tratado....., cit. Pag. 43.

<sup>87</sup> Se recoge en MARTÍNEZ SARRIÓN, Angel, La evolución...cit, p. 53, la opinión de KUNKEL, quién afirmaba que de la antijuridicidad se interpretó que sólo cabía imponer responsabilidad cuando el daño era culpablemente causado. Igualmente se recoge la interpretación de ULPiano, en D.9.2.5.1 “entendemos aquí por injurias el daño causado con culpa, aun por aquél que no quiso causarlo”.

<sup>88</sup> MAZEAUD Y TUND, Tratado....., cit. Pag. 45.

<sup>89</sup> DIEZ-PICAZO, Luis. Derecho....., cit, p. 70.

<sup>90</sup> DIEZ-PICAZO, Luis. Derecho....., cit, p. 70 y 71. Recoge las opiniones del citado BETTI y de HASSE, Die culpa der römischen Rechts, 1839.

culpa; cuando desde un edificio o lugar público se arroja un objeto y se causan daños, independientemente de la culpa; cuando se produce un daño o hurto de cosas confiadas en una nave local o establo, aunque quién cause el daño sea un tercero, pero exigiendo algún tipo de culpa in eligendo. Estos supuestos eran concretos, y con ello se frustró la intención de encontrar una regla general de responsabilidad<sup>91</sup>.

En materia contractual rige la regla recogida por GAYO “fides et diligentia”<sup>92</sup>, que supone que al cumplir con las obligaciones contractuales ello ha de llevarse a cabo dándose la inexistencia de dolo y un cumplir sin que sé de mala voluntad, es decir existiendo buena fe en su conducta. No aparece claramente definido si era, o no, requisito la existencia de culpa para derivar responsabilidad en el deudor, cuando existía incumplimiento<sup>93</sup>. Quienes<sup>94</sup> requirieron el análisis de la conducta del deudor, incluso de buena fe, fueron los comentaristas postclásicos de la escuela de Beirut, separando la culpa del dolo, y considerando la obligación de diligencia como la obligación de estar exento de buena fe<sup>95</sup>. Por último, ha de destacarse de la responsabilidad contractual, que ante la existencia de dolo en la actuación del incumplidor, la responsabilidad sufría una agravación<sup>96</sup>.

De lo referido se puede extraer que en el Derecho Romano no hubo un principio general de responsabilidad<sup>97</sup>, sino que ésta sólo se producía allí donde el legislador establecía supuestos concretos, como medida de sustitución de la venganza privada. Aumentándose, con el tiempo, el número de textos legales que reconocen la existencia de responsabilidad para un mayor número de supuestos. Igualmente, en el Derecho Romano, la responsabilidad civil no es para indemnizar al perjudicado sino como pena dirigida al autor del daño, pero frente al carácter de pena no se exige siempre la existencia de culpa, sino que, salvo en una época tardía, basta el simple nexo causal para

---

<sup>91</sup> MAZEAUD Y TUND, Tratado....., cit. Pag. 41.

<sup>92</sup> MAZEAUD Y TUND, Tratado....., cit. Pag. 44.

<sup>93</sup> TORRENT, ARMANDO, Manual., cit., p. 358, refiere como en Roma en algunos supuestos el incumplimiento por factum debitoris ocasionaba responsabilidad al deudor, como por ejemplo en las obligaciones de dare cosas fungibles, pues son cosas “a disposición ilimitada de los hombres”. Sin embargo, menciona el autor que en otros casos “en el factum debitoris se mira la culpa del deudor respecto al factum que provoca incumplimiento; en definitiva, se valora la conducta del deudor”.

<sup>94</sup> MAZEAUD Y TUND, Tratado....., cit. Pag. 44.

<sup>95</sup> TORRENT, ARMANDO, Manual..., cit. P.363, recoge las opiniones de algunos autores –Kunkel, Arangio-Ruiz, Luzzatto- para quienes no habría que recurrir a ningún “criterio de investigación subjetiva sobre el comportamiento del deductor”, correspondiendo la introducción y generalización de criterios subjetivos a través de la culpa, a la “obra de los comisarios justinianos”.

<sup>96</sup> TORRENT, ARMANDO, Manual..cit, p. 360.

<sup>97</sup> VINEY, G., *Traité de Droit Civil. Introduction à la responsabilité...cit.*, p. 6 y ss.

que nazca la responsabilidad, ante lo cual se le castiga a indemnizar al perjudicado, aunque parezca no existir reproche alguno contra su conducta. La acción era concedida a la víctima de un perjuicio al presentar ciertos caracteres objetivos<sup>98</sup>. Sin embargo, sí ha de recordarse que ante la existencia de dolo, conducta considerada muy reprochable, se ha de indemnizar todos los daños causados.

Las indemnizaciones se contemplan únicamente para los supuestos previstos por el legislador, eso sí, con las ampliaciones de que se va dotando por la actividad de los pretores, pero más allá no hay que indemnizar, permitiéndose la venganza privada, la cual con el perfeccionamiento de la sociedad y de las costumbres va desapareciendo, pero no con ello se va sustituyendo por la existencia de una responsabilidad civil, que como hemos referido, queda limitada a los supuestos tipificados. Es por tanto el legislador quién decide cuándo se da esa responsabilidad civil, con naturaleza de pena. Sólo cuándo se considera la situación digna de protección es cuando se deriva esa obligación de pago, que no de indemnización, puesto que no tiende a reparar el daño causado al sujeto, sino a reprobar al causante.

En el Derecho Romano, sólo si hay un supuesto en el que aparece, por primera vez, una primitiva función indemnizatoria de la sanción pecuniaria. Ello se produce en la Novela 92 del Emperador León, en el Bajo Imperio, donde se piensa más en la víctima que en el causante, porque la pena se impone además de para castigar al causante para “consuelo de su vida” referido a la víctima, porque ello “implica un módico alivio de su desgracia”<sup>99</sup>. A pesar de esa función compensatoria de la víctima, no se pierde por ello la función penal, y así si el sujeto es pobre, se le pena con el mismo daño que él ha causado, la pérdida de ambos ojos.

## **B. Evolución de su tratamiento hasta la Codificación.**

### *1. Los pueblos posteriores a Roma.*

En los pueblos alamanes, bávaros, turingios y francos, se ha producido una evolución que se produce en tres fases<sup>100</sup>. En primer lugar, no hay composición, sólo

---

<sup>98</sup> VINEY, G., *Traité de Droit Civil. Introducción à la responsabilité...cit.*, p. 9.

<sup>99</sup> MARTÍNEZ SARRIÓN, Angel, *La evolución...cit.*, p., 42 y 43.

<sup>100</sup> MARTÍNEZ SARRIÓN, Angel, *La evolución...cit.* p. 39 y ss.

venganza sobre el causante del daño. En segundo lugar, se produce la sustitución de la venganza corporal por una pena que busca la publicidad de la acción para conocimiento de las gentes, lo que se obtiene con una escala de penas simbólicas, que van a mostrar el daño causado (cortar el pelo, señales con fuego en la frente, etc..). La tercera fase se produce, cuando los que experimentan esas penas tratan de suplirlas por una cantidad de dinero, terminando por constituir, como sistema general, la fijación de un canon, dando lugar al *Kompositionen Systems*. El instrumento de la composición se reconoce como sistema general entre los longobardos, tal y como recoge en el Edicto de Lothario del 643<sup>101</sup>. Las leyes bárbaras, basadas en la institución de la composición, recojan una serie de delitos sobre los que recaía una pena “*Wergeld*” cuya cuantía se determinaban en función de la entidad del daño y de la condición de la víctima<sup>102</sup>.

En la época del derecho bárbaro, se va produciendo una gran influencia del Cristianismo<sup>103</sup>, que va a derivar en la configuración de la responsabilidad civil que se recogerá en la codificación.

En un principio, la responsabilidad civil y penal van unidas y el causante del daño es castigado con una pena privada<sup>104</sup>. Con el transcurso del tiempo, la responsabilidad civil se fue apartando de esa concepción, y se fue aplicando como indemnización a partir de la segunda mitad del Siglo XII<sup>105</sup>, aunque sigue manteniendo su origen penal, y por ello la acción para ejercitarla en los delitos públicos no era transmitida a los herederos sino a la familia de la víctima<sup>106</sup>. A pesar de ello, sí se separaron ambas en los daños sufridos por los bienes, lo que implicó el reconocimiento de un principio general de responsabilidad civil, otorgándose a la víctima una acción no para castigar al causante, sino para que se reparen los perjuicios que ha sufrido por la acción de aquél. Se produce una separación entre ambas, que parte de la distinción romana de los delitos públicos y delitos privados, y se empieza a distinguir entre pena e indemnización, aunque no sin encontrar profundas reservas.

---

<sup>101</sup> . MARTÍNEZ SARRIÓN, Angel, *La evolución...*cit, p. 37

<sup>102</sup> VINEY, G., *Traité de Droit Civil. Introduction à la responsabilité...*cit., p. 10

<sup>103</sup> VINEY, G., *Traité de Droit Civil. Introduction à la responsabilité...*cit., p. 11 y ss.

<sup>104</sup> MAZEAUD Y TUND, *Tratado...*, cit. Pag. 49.

<sup>105</sup> MAZEAUD Y TUND, *Tratado...*, cit. Pag. 50.

<sup>106</sup> MAZEAUD Y TUND, *Tratado...*, cit. Pag. 50.

En el antiguo Derecho Francés, se entiende claramente que no hay responsabilidad sin culpa<sup>107</sup>, y por tanto no cabe hacer responsable a ningún sujeto sino hay reproche contra su conducta<sup>108</sup>. Además se separa la responsabilidad contractual de la delictual.

## 2. La precodificación.

La separación pena-indemnización se produce en el Derecho común marcando el carácter reipersecutorio de la acción derivada de la Lex Aquilia, acercándola a las obligaciones contractuales<sup>109</sup>. Esta separación conllevó el derecho de que los herederos de la víctima podían reclamar la indemnización contra el culpable. Se acepta el *pretium doloris*, al ser un resarcimiento y no una pena, con lo cual también se produce que la obligación pase a los herederos del causante. Se comienza, así, a superar el carácter penal de los textos romanos sobre la Lex Aquilia, para convertirla en acción indemnizatoria, buscando la eliminación de las consecuencias que derivaban del carácter penal como la intransmisibilidad por vía sucesoria<sup>110</sup>. Hay que considerar, además, que en Alemania, a partir del Siglo XVII, el carácter de pena fue rechazado, y se recoge la idea de que la indemnización no puede ser superior al daño causado.<sup>111</sup> En los Siglos XVI Y XVII, se comienza a caracterizar el brocardo “*in lege Aquilia culpa levissima venit*” al aceptar el requisito subjetivo como culpa levísima.

---

<sup>107</sup> VINEY, G., *Traité de Droit Civil. Introduction à la responsabilité...*cit., p. 12 y ss.. Entiende la autora que esto es la mayor aportación de los autores de la época, al fundar el principio general de responsabilidad civil sobre la culpa civil. Recoge la autora la relevante aportación de DOMAT, *Les Lois civiles dans leur ordre naturel*, 1er partie, Livre III, Titre V, para quien la responsabilidad no requiere la existencia de una infracción, pero si es necesario que se de la prueba de una culpa: “il a cependant subordonné l’existence de ce droit à la preuve d’une faute”.

<sup>108</sup> MAZEAUD Y TUND, *Tratado.....*, cit. Pag. 53 y 54, donde se cita la doctrina existente sobre el antiguo derecho francés. En VINEY, G., *Traité de Droit Civil. Introduction à la responsabilité...*cit., p. 16, se afirma que en el Derecho Antiguo aunque se consagró un principio general de responsabilidad civil sobre una culpa distinta de la infracción penal, ambas estaban sujetas a la culpa moral “*mais rattaché, comme elle, à la faute morale*”.

<sup>109</sup> DIEZ-PICAZO, Luis. *Derecho.....*, cit, p. 74, para quien apoyándose en los trabajos de ROTONDI, y en BÖHMER, la separación de la acción del carácter penal se produce con la distinción de las consecuencias del delito, entre la pena y la indemnización, siendo esta segunda la que pertenece al ámbito de la Lex Aquilia.

<sup>110</sup> ROTONDI, Mario, en *Dalla lex aquilia all’articolo 1.161 del Codice civile (Ricerca storico-dogmatiche)*, Rivista del Diritto Commerciale, 1917, citado por DIEZ-PICAZO, Luis. *Derecho.....*, cit, p. 72.

<sup>111</sup> DIEZ-PICAZO, Luis. *Derecho.....*, cit, p. 75. Para el autor, en esta limitación del contenido de la prestación de la obligación indemnizatoria, tuvieron influencia los teólogos morales.

De esta manera, frente al Derecho Romano, se va asentando un principio general de responsabilidad civil, por el cual se puede reclamar la indemnización de reparación de los daños y perjuicios, no solo en los supuestos legalmente previstos, sino en todos aquéllos donde el causante actúe con culpa, requisito necesario para la existencia de la responsabilidad. Ya no es requisito la existencia del dolo para reclamar cualquier daño, sino que basta la culpa. La acción para reclamar indemnización va separándose de su carácter penal, adquiriendo una autonomía propia e independiente, lo que posibilita la transmisibilidad de la misma tanto a los herederos de la víctima como a los del causante.

Es con la elaborada construcción teórica de la Escuela de Derecho Natural cuando se configura dogmáticamente a la responsabilidad civil<sup>112</sup>, afirmándose<sup>113</sup> que la Responsabilidad Civil surge como tal a finales del S.XVII al separarse de la criminal, obedeciendo a finalidades distintas, al adquirir la responsabilidad una función reparatoria aunque se sigan manteniendo elementos del Derecho sancionador. Se expresa por vez primera el principio de que el hecho ilícito genera la obligación de resarcimiento del daño causado<sup>114</sup>. El daño causado debe de ser resarcido con independencia de que exista o no un delito, o de que una norma contemple o no dicho resarcimiento, ya que la base de esa obligación indemnizatoria, únicamente debe buscarse en la existencia de ilicitud y culpa<sup>115</sup>. La obra de los iusnaturalistas influyó notablemente en los autores franceses,<sup>116</sup> que construirían las bases dogmáticas del Código Civil francés de 1804, que a su vez influyó en todas las codificaciones y, muy especialmente, en el Código Civil español. .

Como se ha expresado muy acertadamente, la evolución más importante en el época precodificadora fue la de disociar la responsabilidad civil de la responsabilidad

---

<sup>112</sup> DIEZ-PICAZO, Luis. Derecho..., cit, p. 76

<sup>113</sup> MEDINA CRESPO, M., "Responsabilidad extracontractual: La articulación refundida de sus disciplinas divergentes...cit., p. 3

<sup>114</sup> DIEZ-PICAZO, Luis. Derecho..., cit, p. 76 Recoge el autor como la principal obra de esta construcción doctrinal es la GROCIO, De iure belli ac pacis, Libro II del Título XVII, 1625. Grocio recoge una tripartición de las fuentes de las obligaciones: pacta, maleficia y lex, donde "el maleficium no es tampoco un simple común de figuras aisladas de delitos y cuasidelitos, sino una figura autónoma caracterizada por un *único elemento común, que es la culpa*." *La cursiva es mía*.

<sup>115</sup> DIEZ-PICAZO, Luis. Derecho..., cit, p. 78.

<sup>116</sup> DIEZ-PICAZO, Luis. Derecho..., cit, p. 78, menciona a DOMAT Y POTHIER. Ambos autores recogen a los cuasidelitos como fuente de la obligación indemnizatoria, considerando dicha categoría como aquéllos hechos donde no habiendo intención de causar daño, éste se produce por imprudencia, la cual se configura como elemento necesario para que se de la responsabilidad. Para Pothier la obligación indemnizatoria debe de tener cierta reducción en los casos en que no exista dolo.

penal<sup>117</sup>, que conllevaría el establecimiento de un principio general de la responsabilidad civil que tiene como fundamento la culpa. La atribución de este principio general, del que derivaría posteriormente el art. 1382 del CC francés en 1804, está asentado en la doctrina francesa que aún rechazando que fuera necesaria una infracción que justificara la reparación, mantenía que era exigible la existencia de la culpa, aún reconociendo algunos supuestos no culpables como indemnizables. La culpa se termina convirtiendo en elemento relevante puesto que si algún daño acontece sin que se pueda imputar culpa al autor del hecho del que dimana, aquél no estará obligado a la reparación<sup>118</sup>

### **C. La responsabilidad civil en la Codificación**

#### *1. Los diversos sistemas normativos.*

Históricamente, en líneas generales, el análisis de la responsabilidad extracontractual permite afirmar que ésta se utilizaba como medio o reproche por el comportamiento dañoso. En virtud de la tradición canonista del pecado, ante conductas moralmente reprochables, se derivaba una suerte de castigo, el reproche moral, derivado de la no aceptación de la conducta exigible. En ese estado de la cuestión, en la codificación napoleónica primero y en nuestro Código civil de 1889 después, se recogen conceptos fundamentales de los juristas franceses que sentarían las bases de la responsabilidad civil basada en la culpabilidad del causante, tal como se trasladó al art. 1902 CC español. Establecida por lo tanto, la nota de culpabilidad en la acción u omisión del causante, como elemento constitutivo para la imputación del daño causado, se hace especial hincapié en la conducta del dañante, en el castigo, más que en la reparación del daño al perjudicado. Esa culpa se define por contraposición a la existencia de delitos en las que existe algún tipo de infracción de lo que se debe hacer (imprudencia, ligereza, ignorancia de lo que se debe saber)<sup>119</sup>, identificándola con hechos ilícitos a los que define como aquellos que están prohibidos por las leyes de manera expresa, pero también todos los que vulneran la igualdad, la honestidad o las buenas costumbres.

---

<sup>117</sup> VINEY, G., *Traité de Droit Civil. Introduction à la responsabilité...cit.*, p. 12 y ss.

<sup>118</sup> DOMAT, Les lois civiles dans l'ordre naturel, I<sup>a</sup> parte, lib. III, tit V.

<sup>119</sup> DOMAT, Les lois civiles dans l'ordre naturel, I<sup>a</sup> parte, lib. II, tit VIII, secc Iv, art. 1<sup>o</sup>.

La etapa precodificadora consagró el principio general de responsabilidad civil y la desligó de la responsabilidad penal, pero fundamentándola sobre la culpa civil, que en todo caso, acarreaba una culpa moral<sup>120</sup>. Por lo tanto, se dejan sin reparar los daños en los que falte la culpa probada, por no ser la conducta del agente merecedora de responsabilidad civil. Lo que deja al perjudicado en una completa desatención por los daños sufridos que sólo le podrían ser reparados si devienen de un comportamiento doloso o culposo, lo que exige acreditar la relación de causalidad entre ambos elementos, la conducta reprochable y el daño. En conclusión, solo cabe responsabilidad civil y, derivado de ello, deber de indemnizar, cuando medie culpa o negligencia censurable del agente, debidamente probada por el perjudicado. Por otra parte, no podemos obviar que el derecho de la víctima a ser indemnizado por el daño que se le había causado, no siempre era debidamente satisfecho. En algunas ocasiones, el perjudicado después de soportar y probar la concurrencia de los elementos que constituían la estructura de imputación de la responsabilidad basada en la culpa, no lograba la satisfacción de su crédito, debido a la inexistencia de un patrimonio contra el que repercutir su derecho de crédito, aunque esto carecía de relevancia puesto que el reproche ya se había realizado. En el fondo, late en toda esta cuestión el individualismo de la época y de los ideales revolucionarios, que plasmado en los Códigos, fija el núcleo de los daños en el comportamiento del individuo-causante, concretamente en la conducta reprochable del agente, sin capacidad de generar daños masivos.

Un breve acercamiento a los sistemas de derecho comparado de la época, partiendo de la codificación francesa, y su heredera directa, la codificación decimonónica de derecho italiano; el código alemán; y los ordenamientos del common law, nos permite situar la institución de la responsabilidad civil en su contexto actual y delimitar el alcance de la figura con paso previo para delimitar la función y las estructuras de imputación en que se configura.

Con la aparición del Código Napoleónico de 1804, se produce la plasmación normativa de la responsabilidad civil que se venía gestando desde el Imperio Romano. Se da una responsabilidad por culpa<sup>121</sup>, y se sienta un principio genérico de responsabilidad por cualquier daño causado<sup>122</sup>, es decir, se va a producir el nacimiento

---

<sup>120</sup> VINEY, G., *Traité de Droit Civil. Introducción à la responsabilité...cit.*, p. 15

<sup>121</sup> BONET RAMON, Francisco. *Perspectivas...cit.*, p. 54.

<sup>122</sup> MARTÍNEZ SARRIÓN, Angel, *La evolución...cit.* p. 56, indica que con ello hay un distanciamiento del Derecho Romano, al que sí sigue el Derecho Inglés, que sólo operaba con supuestos tipificados.



de la responsabilidad por cualquier daño que se produzca, siempre que se de el requisito de la culpa<sup>123</sup>. El título que va a regular la responsabilidad civil extracontractual se llama de los delitos y cuasidelitos, y en su art. 1382 establece la regla general de que cualquier daño causado por todo hecho del hombre, obliga al culpable a repararlo<sup>124</sup>. Este artículo sanciona al culpable, pero sólo a éste, con la regla general de responsabilidad civil, pero sólo si hay reproche (desvalor de su conducta) al causante. La regla se complementa con el art. 1383, que establece la responsabilidad cuando se da la simple negligencia o imprudencia y el 1384 y ss., que imputan responsabilidad no ya sólo por los hechos propios sino también por los hechos de los que se debe responder, de las cosas o animales bajo su custodia<sup>125</sup>. En el momento de la elaboración del Código Napoleónico está plenamente superada la separación responsabilidad civil y responsabilidad penal.<sup>126</sup>, sin perjuicio de mantener un sistema claramente vinculado al elemento subjetivo y al reproche de la conducta.

La justificación del planteamiento de la codificación francesa se encuentra perfectamente en la evolución histórica examinada con anterioridad<sup>127</sup>, y es resumida perfectamente por Bertrand de GRENOUILLE<sup>128</sup>, en la comunicación que hizo al Tribunado el 06.02.1804. Para él “la ley no puede vacilar entre quien se equivoca y el que padece”, de forma que si un hecho causa daño a otro, se está obligado a repararlo. Y ello porque aunque no haya sido su intención causar el daño, si se ha dado negligencia o imprudencia, si aún habiéndole sido posible no causar el daño, “si se demuestra que el

---

MAZEAUD Y TUND, Tratado.....cit, pag. 60 afirman la existencia de un principio general de responsabilidad civil, con aplicaciones ilimitadas.

<sup>123</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños* ...cit., p. 68 afirma que “la idea clave es una acto positivo (hecho del hombre), que es imputable porque al realizarlo se incurre en falta”. Idea que gira en torno al texto del art. 1382 Cc.

<sup>124</sup> MAZEAUD Y TUND, Tratado.....cit, pag. 63 y 64 afirman que el término “hecho” aquí recogido designa el “hecho ilícito”, es decir la culpa intencional (delito civil).

<sup>125</sup> MAZEAUD Y TUND, Tratado.....cit, pag., afirman que también en estos supuestos, y al menos en el pensamiento de los redactores del Código, era necesario el elemento de la culpa para poder exigir responsabilidad. Recogen las manifestaciones del Consejero TREILHARD en la Exposición de Motivos “Regulada así, la responsabilidad es totalmente justa. Aquellos a los que se le impone han de imputarse, al menos, unos debilidad, otros la mala elección, y negligencia todos”.

<sup>126</sup> MAZEAUD Y TUND, Tratado.....cit, pag. 59. Citan los autores la opinión de IHERING para quién toda idea de pena está excluida de la reparación del daño.

<sup>127</sup> Para MAZEAUD Y TUND, Tratado.....cit, pag. 60, los redactores se mostraron unánimes en la exigencia de la culpa y manifiestan que “Aquel cuya conducta es irreprochable no puede ser condenado a reparar el daño que haya causado; el azar ha querido que padezca la víctima; nada justificaría una inversión de la situación”.

<sup>128</sup> Citado por DÍEZ-PICAZO, Luis. *Derecho....*, cit, p. 82. Recoge MARTÍNEZ SARRIÓN, Angel, La evolución....cit. p. 55, el Discurso pronunciado por TARRIBLE ante el Legislativo el 8 de febrero de 1804: “Si por culpa de uno se ha consumado un daño, se ha de colocar en los platillos de la balanza el interés del desafortunado que lo sufre con el culpable o imprudente que lo ha causado, se eleva un grito repentino de la justicia y clama porque aquél daño debe repararse por su auto”..

causante del daño podría haber evitado del evento, y no lo ha hecho por negligencia”, produciendo el daño, entonces debe el autor ser condenado a repararlo. “No es exigir demasiado imponerle sanciones pecuniarias proporcionadas a la entera magnitud de lo que él ha hecho sufrir a otro por su poca prudencia o desatención: en este defecto de diligencia radica la falta que el Derecho considera como cuasidelito, del que nace la reparación”. Aparece, por tanto, en la Codificación Francesa, una clara necesidad del elemento culpa, para hacer responder al causante. Aunque esa culpa es estimada en cualquiera de sus grados, siendo suficiente con una culpa levisima<sup>129</sup>.

Si uno examina las palabras de Bertrand de GRENOUILLE, no sólo se recoge una visión de la responsabilidad civil tal y como aparenta ser, como instrumento de reparación del daño, sino que aparece su antigua misión de ser instrumento de represión de las conductas reprobables, así dice “sanciones pecuniarias proporcionadas a la entera magnitud de lo que él ha hecho sufrir a otro”, e incluso podemos apreciar la existencia de una pretensión preventiva<sup>130</sup> en la institución “si aún habiéndole sido posible no causar el daño” éste se ha producido.

En la importante y trascendental Codificación Napoleónica, se aprecia, por tanto, la existencia de un principio general de responsabilidad civil que obliga a reparar todo daño causado de manera culpable, que abarca todo género de daños y los sujeta a una reparación uniforme basada en el valor del perjuicio sufrido. “Todo está sometido a la misma ley; todo se declara susceptible de una apreciación que indemnizara a la persona perjudicada de cualesquiera daños que ella sufra”<sup>131</sup>. Esta responsabilidad es de corte individualista, porque se sostiene en una función, seguramente no punitiva, pero sí preventiva, ya que es el causante culpable, pero sólo si lo es, el que soporte las consecuencias del daño. Esta responsabilidad responde a una organización económica y social que está en una fase muy inicial en la industrialización, donde las relaciones son sencillas y las acciones o se pueden imputar de manera directa, o bien no hay posibilidades de investigación de los hechos para buscar al responsable<sup>132</sup>. En materia

---

<sup>129</sup> MAZEAUD Y TUND, Tratado.....cit, pag. 61.

<sup>130</sup> En MAZEAUD Y TUND, Tratado.....cit, pag 65 se recogen las palabras de TREILHARD “Ojalá pueda esta carga de la responsabilidad hacer más prudentes y cuidadosos a los jefes de familia”. Y en p. 68 se transcriben las palabras de TARRIBLE “una responsabilidad moral que debe redoblar la vigilancia de los hombres encargados del sagrado depósito de la autoridad y así prevendrá mas perturbaciones que las que tendrá que reparar”.

<sup>131</sup> En palabras del Tribuno TARRIBLE en su discurso ante la asamblea francesa en la aprobación del CC francés. Citado por VINEY, G., *Traité de Droit Civil. Introduction à la responsabilité....cit.*, p. 18 y ss.

<sup>132</sup> DIEZ-PICAZO, Luis. Derecho....., cit, p. 84.

contractual<sup>133</sup>, cabe afirmar que en la Codificación Napoleónica se siguen los mismos principios de responsabilidad por culpa que en los supuestos de responsabilidad delictual y cuasidelictual, bastando una culpa cualquiera que se aprecia in abstracto.

No podemos olvidar, a la hora de valorar la normas de la Codificación<sup>134</sup>, la gran influencia del Cristianismo<sup>135</sup>, que ante el conflicto entre el causante y la víctima acude al concepto de pecado, y por tanto, sanciona aquéllas conductas a las que cabe hacerles un reproche. Esta concepción soluciona el conflicto mediante la sanción pecuniaria de las conductas que merecen crítica<sup>136</sup>, ya que el causante sólo debe pagar cuando ha pecado, y paga precisamente por ello, y lo hace no para beneficiar a la víctima sino para censurar, para mostrar la desaprobación de su conducta<sup>137</sup>. No obstante, también se afirma que a pesar de las exigencias morales que se pretendían incluir en la responsabilidad por daños, que llevó a exigir la culpa para la condena, existían ciertas contradicciones con el principio general de una responsabilidad culposa, como la de medir la condena en función del daño y no de la gravedad de la conducta o eliminar la distinción entre los grados de culpa<sup>138</sup>. Mas allá de las conductas reprochables, cuando no hay o no se puede hacer tacha de la actividad humana, el conflicto se resuelve con presupuestos mágicos o teleológicos, a través de la mano de Dios<sup>139</sup>.

El Código Prusiano de 1794, previo al francés, aparece como la primera obra de la codificación y en él se regulan los llamados delitos privados, prohibiendo dañar injustamente determinados bienes (vida, honor, etc.). estableciendo la sanción de estas conductas siempre que exista dolo o negligencia grave, y en algunos caso simple negligencia, imponiendo un deber de indemnizar el daño causado<sup>140</sup>. El ordenamiento prusiano, empieza, además, a reconocer la responsabilidad por riesgo, en la Ley

---

<sup>133</sup> MAZEAUD Y TUND, Tratado.....cit, pag 75.

<sup>134</sup> VINEY, G., *Traité de Droit Civil. Introduction à la responsabilité...*cit., p. 16 y ss., recoge la influencia que sobre los textos legales ha tenido el universalismo, el individualismo y el moralismo.

<sup>135</sup> DIEZ-PICAZO, Luis. Derecho....., cit, p. 84.

<sup>136</sup> Para VINEY, G., *Traité de Droit Civil. Introduction à la responsabilité...*cit., p. 18, los redactores del Código quisieron mantener una vinculación entre la responsabilidad civil y la responsabilidad moral.

<sup>137</sup> VINEY, G., *Traité de Droit Civil. Introduction à la responsabilité...*cit., p. 19 que afirma la intención de los legisladores de 1804 de dotar a la responsabilidad civil de raíces morales.

<sup>138</sup> VINEY, G., *Traité de Droit Civil. Introduction à la responsabilité...*cit., p. 20 quien en cita como reveladoras de esta cuestión la intervención de BERTRAND DE GREUILLE sobre esta cuestión “no es exigir demasiado de él (el responsable) el constreñirlo a algunos sacrificios pecuniarios para la entera indemnización de lo que ha hecho sufrir por su poco de prudencia o de su desatención”

<sup>139</sup> DIEZ-PICAZO, Luis. Derecho....., cit, p. 85.

<sup>140</sup> DIEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños* ...cit., p. 82.

Prusiana de Ferrocarriles de 1838<sup>141</sup>, que luego se extendería al resto del derecho continental. En la referida Ley se hace responsable a la Compañía de los daños fortuitos ocasionados a las personas o bienes transportados, o a las terceras personas o cosas. Sólo se exonera de responsabilidad si hay culpa del perjudicado o fuerza mayor inevitable.

La codificación alemana no sigue, en el BGB, una elaboración similar a la codificación francesa, en cuanto que se mantiene más de cerca los textos romanos, sin las modificaciones introducidas por las interpretaciones posteriores, y siguiendo la tradición pandectista. La norma alemana no establece un principio general de responsabilidad civil, sino que en su párrafo 823 establece la responsabilidad civil de quien lesiona, dolosa o culposamente, y de forma antijurídica “la vida, la integridad física, la salud, la libertad, la propiedad o cualquier otro derecho de otra persona”, que recoge qué bienes lesionados van a producir indemnización, afirmando una identificación en los daños que van a ser objeto de indemnización, asentando un principio de tipicidad de los intereses protegidos<sup>142</sup>. Fuera de estos supuestos y de los que se prevean especialmente por una norma, sólo hay responsabilidad por dolo, pero no por culpa.

El BGB sí parece haber establecido una responsabilidad por culpa<sup>143</sup> “Verschuldenshaftung” al exigir el dolo o la culpa en el párrafo 823.1, en relación a los daños referidos, y a mayor abundamiento se establece la obligación de indemnizar al infringir una ley cuyo objeto sea la protección de una persona, sin que haya tal responsabilidad en aquéllos supuestos de infracción no culposa de esa ley de protección (823.2 BGB)<sup>144</sup>. Una mención expresa merece la norma contenida en el párrafo 826 que condena a indemnizar en aquéllos supuestos en que el daño es causado dolosamente, cuando la acción es contraria a las buenas costumbres y la moral, aunque los actos sean en sí mismos legítimos. En estos supuestos se entiende<sup>145</sup> que la conducta tiene que

---

<sup>141</sup> Citada por SÜSS, Th., La evolución de la responsabilidad por riesgo en el moderno Derecho alemán. Traducción de NAVAS MÜLLER, J. REVISTA DE DERECHO PRIVADO. Números 311 y 312-1943.P. 58.

<sup>142</sup> VVAA, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. München 2010, 7 Auflage.

<sup>143</sup> ENNECCERUS, Tratado...cit, p. 853, diferencia claramente entre antijuridicidad y culpa, entendiendo por esta segunda la existencia de una acción antijurídica, donde el acto es personalmente achacable al que lo ejecutó

<sup>144</sup> BONET RAMON, Francisco. Perspectivas...cit, p. 96. Refiere el autor que aquí la culpa sólo se requiere para la infracción de la Ley protectora, y no para las consecuencias de esta infracción, por lo que no es necesario “que haya sido previsible la lesión corporal causada por la transgresión”.

<sup>145</sup> LARENZ, K. *Bürgerliches Gesetzbuch BeurkundungsG*, 1983,

tener una desaprobación ética que merece censura. La antijuridicidad de la conducta queda excluida<sup>146</sup> en varios supuestos, lo que supone la eliminación de la obligación de indemnización: Cuando el ataque o intervención están justificados, legítima defensa, estado de necesidad, consentimiento del lesionado, salvo prohibición legal o contrario a las buenas costumbres, o, por último, cuando la intromisión se realiza en interés del lesionado.

En el BGB, que exige por lo menos la existencia de la culpa, se contempla la exoneración de responsabilidad ante la inexistencia de voluntad o discernimiento (menores, etc.), lo que implica la inimputabilidad (parágrafos 827 y 828 BGB). Si bien, frente a esta exoneración de responsabilidad, se establece la posibilidad<sup>147</sup> de que surja la obligación indemnizatoria por razones equitativas (parágrafo 829 BGB), lo que supone una ruptura a la exigencia de responsabilidad por culpa, y al reproche que el BGB trata de establecer con el régimen de responsabilidad ya referido. Si bien hemos de manifestar, que el régimen de responsabilidad establecido en el parágrafo 829 no responde exactamente a una obligación indemnizatoria, ya que está sometida a varios requisitos añadidos y además se fija en función de la equidad, por arbitrio judicial, lo que implica que el Juez pueda decretar una indemnización meramente parcial<sup>148</sup>.

Frente al régimen general de una responsabilidad por lo menos por culpa se contemplan algunas normas en el ordenamiento –algunas ya establecidas en el propio BGB y otras que han ido apareciendo con posterioridad- que contienen lo que, incipientemente, podría denominarse de “responsabilidad por riesgo” “Gefährdungshaftung”<sup>149</sup>: la responsabilidad del poseedor de animales<sup>150</sup>, responsabilidad por daños causados por animales objeto de caza, responsabilidad por daños causado por empresas ferroviarias, responsabilidad en el tráfico con vehículos de motor, etc.. En estos supuestos, la responsabilidad del causante del daño no requiere la prueba de culpa en su actuación, aunque en función de cada uno de ellos se le permite una mayor o menor posibilidad de

---

<sup>146</sup> ENNECCERUS, Tratado...cit, p. 896 y ss. BONET RAMON, Francisco. Perspectivas..cit, p. 94.

<sup>147</sup> Según ENNECCERUS, Tratado de Derecho Civil, Tomo Primero, Parte General, II, Segunda Parte, Traducción de la 39ª edición alemana por PEREZ GONZALEZ, Blas, y ALGUER, José. BARCELONA 1981. BOSCH, p. 847, esto es sólo algo excepcional, en cuanto la regla general es exigir una acción antijurídica y culposa, y sólo en supuestos excepcionalmente se da responsabilidad por conducta antijurídica pero sin culpa.

<sup>148</sup> LARENZ, K. *Bürgerliches Gesetzbuch BeurkundungsG.*; BONET RAMON, Francisco. Perspectivas..cit, p. 99 y 100.

<sup>149</sup> Siguiendo la clasificación en BONET RAMON, Francisco. Perspectivas..cit, p. 100 y ss.

<sup>150</sup> ENNECCERUS, Tratado...cit, p. 929, indica que se trata más que de una responsabilidad por riesgo, de una responsabilidad por culpa presunta.

exonerarse, presentándose en todos los casos la compensación de culpas u obligaciones, cuando el perjudicado ha contribuido al daño (parágrafo 254 BGB).

La defensa a esta configuración normativa, asentando la culpa como regla general y estableciendo, como pauta inicial, un catálogo de daños susceptibles de ser reparados, tiene su justificación en el proceso evolutivo derivado de los textos romanos, a través de la pandectas y en la idea de que el legislador deseaba evitar especiales gravámenes, para el incipiente capitalismo alemán de fin de siglo<sup>151</sup>, con el establecimiento de sistemas abiertos de responsabilidad.

El Código Civil Italiano de 1865, que establece el régimen de la responsabilidad civil situado en una Sección denominada “Dei delitti e dei quasi-delitti”, es un heredero directo de la Codificación Napoleónica<sup>152</sup> y no es una continuación del sistema romano, Sus postulados responden a los ya vistos en el derecho francés. Así establece una norma de responsabilidad por los daños causados por los hechos del hombre<sup>153</sup> (art. 1151), en la responsabilidad por negligencia o imprudencia (art. 1152), y la responsabilidad por hechos ajenos<sup>154</sup>, animales o cosas (arts. 1153 y ss.). Se recoge, por tanto, un régimen que viene a dar respuesta a las mismas necesidades que se habían considerado en la Codificación Napoleónica<sup>155</sup> y que fue completado por la doctrina y jurisprudencia en esa misma dirección. Se recogió por ellas el principio de que “nessuna responsabilità senza colpa”<sup>156</sup>, por lo que el demandante debe cargar con la prueba de la existencia del reproche culpabilístico<sup>157</sup>. La culpa, que al igual que se recoge en el código francés,

---

<sup>151</sup> DIEZ-PICAZO, Luis. Derecho..., cit, p. 88. Menciona ENNECCERUS, Tratado...cit, p. 846, la notable influencia del liberalismo jurídico y económico de fines del Siglo XIX en el Código Civil, lo que implicó la primacía del patrimonio del autor sobre la idea de la reparación, la inexistencia de una norma unitaria sobre el delito, la estrechez de los supuestos de hechos delictuales o la exagerada preeminencia del principio de la culpa.

<sup>152</sup> ALPA, G. y BESSONE, M., La Responsabilità Civile. MILANO, 1976., p.48, manifiestan que “il codice italiano si rivela autentico “figlio” dell’augusto Code Civil”. CORSARO, Luigi, “Culpa y responsabilidad civil: la evolución del sistema italiano”, en *Perfiles De La Responsabilidad Civil En El Nuevo Milenio*, Coordinador Juan Antonio Moreno Martínez. Madrid, 2000. DYKINSON. P. 133, afirma que el Code no fue un simple modelo para el legislador italiano, sino que se tradujeron sus disposiciones.

<sup>153</sup> CORSARO, Luigi, Culpa...cit, p. 133, afirma que el precepto recoge que la fuente del daño se apoya sobre la culpa de la persona que ha producido el hecho dañoso.

<sup>154</sup> <sup>154</sup> CORSARO, Luigi, Culpa...cit, p. 140, entiende que en el Código el responsable por hechos ajenos es un responsable por su propia culpa, y ello justifica la existencia de presunciones de culpa que aún no recogidas explícitamente por la ley, tienen arraigada tradición.

<sup>155</sup> ALPA, G. y BESSONE, M., La Responsabilità ...cit, p. 43, entiende que en esos momentos hay una sociedad que no requiere reglas complejas para administrar el daño.

<sup>156</sup> ALPA, G. y BESSONE, M., La Responsabilità ...cit, p. 49.

<sup>157</sup> <sup>157</sup> CORSARO, Luigi, Culpa...cit, p. 134 y 135, menciona como la culpa que se ha de entender en sus dos acepciones de voluntad del evento dañoso y de negligencia, es uno de los presupuestos esenciales de la responsabilidad civil.

abarca no solo el hecho voluntario sino también la simple negligencia o imprudencia, (art. 1152), aunque se acepta la existencia de un supuesto de responsabilidad objetiva en el caso de daño causado por el dependiente (art. 1153)<sup>158</sup>. Se aceptó, también la presencia de supuestos derivados de la regla “res ipsa loquitur”, en materia de responsabilidad del empresario<sup>159</sup>, no exigiendo la prueba de la culpa al dañado, cuando se aprecia claramente de los hechos que en los mismos existió culpa.

Esta configuración de una responsabilidad civil culposa<sup>160</sup> en el Código Italiano de 1865, responde al individualismo<sup>161</sup> burgués<sup>162</sup>, reinante en el siglo XIX, y a la autonomía con la que se quiere dotar al sujeto, que se va manifestar también a través del régimen del derecho de propiedad y del principio de la libertad contractual.

Lo característico de los ordenamientos del S XIX es que<sup>163</sup>: no puede haber responsabilidad sin culpa o dolo; la culpa se caracteriza con el comportamiento subjetivo caracterizado por la negligencia, imprudencia, impericia y viene cargada de implicaciones morales, puesto que “l’atto colposo viene equiparato ad un atto moralmente riprovevole”<sup>164</sup>. Las reglas de la responsabilidad civil asumen una función de reproche o desvalor de la conducta realizada con culpa, suponiendo una amenaza para prevenir eventuales comportamientos dañosos; y las reglas de la responsabilidad civil suponen que cada uno actúa a su propio riesgo, por lo que debe soportar las consecuencias de su acción, si provoca daños a un tercero de forma culposa<sup>165</sup>.

---

<sup>158</sup> ALPA, G. y BESSONE, M., La Responsabilità ...cit, p. 49, reconocen como hay distintas opiniones sobre la naturaleza de esta excepción, ya que para algunos se trata de una simple presunción de culpa, otros hablan de presunción absoluta –iuris et de iure–, y otros aceptan el criterio objetivo sólo si el dependiente ha seguido las instrucciones de su principal. CORSARO, Luigi, Culpa...cit, p. 141 menciona como resulta imposible hablar de una presunción de culpa sin prueba liberatoria, que niega por sí misma el concepto de presunción.

<sup>159</sup> ALPA, G. y BESSONE, M., La Responsabilità ...cit, p. 59.

<sup>160</sup> <sup>160</sup> CORSARO, Luigi, Culpa...cit, p. 135 y 136, afirman que el legislador ha asignado a la culpa un significado subjetivo, impidiendo que la mera causalidad física comporte responsabilidad.

<sup>161</sup> ALPA, G. y BESSONE, M., La Responsabilità ...cit, p. 84 y ss.

<sup>162</sup> ALPA, G. y BESSONE, M., La Responsabilità ...cit, p. 94. Reconocen los autores, en la p. 100, como la responsabilidad culposa se considera imprescindible para las empresas pero también para el desarrollo de la sociedad sociales, porque de lo contrario las actividades potencialmente dañosas se verán obstaculizadas. CORSARO, Luigi, Culpa...cit, p. 142, recoge como una imputación basándose en una objetiva antijuridicidad de los hechos supondría una penalización de la iniciativa de los particulares y un inconveniente para la incipiente industria.

<sup>163</sup> ALPA, G. y BESSONE, M., La Responsabilità ...cit, p. 84.

<sup>164</sup> Para CORSARO, Luigi, Culpa...cit, p. 137, hay responsabilidad porque hay una reprochable voluntad de perjudicar o una falta de esfuerzo de la voluntad que se preocupa de evitar daños a terceros.

<sup>165</sup> Para CORSARO, Luigi, Culpa...cit, p. 139, el hecho del que deriva la responsabilidad debe ser moralmente imputable a la persona.

El Derecho anglosajón ha seguido una trayectoria distinta a lo que ha ocurrido con el Derecho Continental en materia de responsabilidad civil. Se trata de ante un Derecho casuístico, donde los hechos que dan lugar a responsabilidad se recogen individualizados, tipificados con disciplina específica para cada uno de ellos, sin que se dé un principio general de responsabilidad civil<sup>166</sup>. El Derecho Inglés gira en torno a la figura del “Tort”, actos realizados sin razón ni derecho para ello<sup>167</sup>. Sólo aquéllos casos previstos como “Torts”, son los que van a originar la obligación indemnizatoria del causante, si bien los supuestos se han ido ampliando por vía jurisprudencial<sup>168</sup>, de modo similar a como ocurrió en el Derecho Romano a través de la actividad pretoriana.

Para poder efectuar una reclamación, la víctima de un “Tort” únicamente podía acudir a alguna de las expresas acciones que se permitían<sup>169</sup> (trespass, trover, detinue y deceit), cada una de las cuales se correspondía con un determinado remedio, hasta que en el S.XIV, el “Tort” de trespass dio lugar al trespass on the case, para perseguir a quien causaba, sin violencia, daño a la persona o a los bienes de otro sujeto. En el S.XVIII, se configura la figura genérica de los “Torts” que englobaba todas las acciones contra las lesiones sufridas en algún interés protegido, sin derivarse de relación negocial.

Una especial mención refiere el “Tort” de “negligence”, ya que aunque la negligencia era, en un principio, elemento constitutivo de algunos “Torts”, con el transcurso del tiempo<sup>170</sup> llega a configurarse como un “Tort” independiente, que requiere para su existencia que se de una situación en la que se existiendo un previo deber diligencia en el causante, que le exigía haber previsto que su conducta causaría un daño. Por ello, si se produce la causalidad entre la acción y el daño, así como la prueba

---

<sup>166</sup> DELL’AQUILA, Enrico. Ensayo comparativo de los principios básicos de la responsabilidad extracontractual en el Derecho Inglés. REVISTA DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA. Julio 1986.P. 8.

<sup>167</sup> DIEZ-PICAZO, Luis. Derecho..., cit, p. 90.

<sup>168</sup> ABRAHAM, K., *The Forms and Functions of Tort Law*, New York 2012, 4ª ed; DELL’AQUILA, Enrico. Ensayo...cit., p. 9, menciona como la jurisprudencia no ha cesado de crear nuevas figuras en función de las exigencias de la vida.

<sup>169</sup> DELL’AQUILA, Enrico. Ensayo...cit., p. 9 y ss.

<sup>170</sup> El Tort de Negligence surge, según DIEZ-PICAZO, Luis. Derecho..., cit, p. 91, con el caso “Donoghue v. Stevenson” de 1932, en que hay un reproche al causante porque debiendo tomar las precauciones requeridas para evitar producir el daño, no las haya adoptado. Para DELL’AQUILA, Enrico. Ensayo...cit., p. 12, el término negligence se volvió una nueva figura de tort con el caso Vaughan v. Menlove de 1837, aunque no fue generalmente admitida la nueva figura de tort hasta Donoghue v. Stevenson.



de que la conducta del causante se llevó a cabo sin cumplir con el deber de cuidado que le era exigido<sup>171</sup>, deberá indemnizar a la víctima.

La negligence era en su sentido original un elemento de algunos “Torts”, e implicaba que sin ella no cabe responsabilidad alguna, es decir, al igual que en los ordenamientos continentales, se requiere la existencia de dolo o culpa en la conducta del causante del daño. Sin embargo, a partir del caso *Rylands v Fletcher*<sup>172</sup> en 1868, comienza a darse la posibilidad de que el causante responda con independencia de su negligencia, apareciendo la figura de la strict liability<sup>173</sup> o responsabilidad sin prueba de culpa<sup>174</sup>. E incluso, frente a los derechos continentales, la posibilidad de que se otorgue una indemnización sin que exista un daño concreto, es decir, se recoge un ilícito sin daño que obliga al causante a pagar una suma determinada. Aunque la doctrina defiende que en estos supuestos no estamos ante una indemnización, sino ante una sanción pecuniaria, por tanto, ante una finalidad de punición<sup>175</sup>, pero con la particularidad de que el destinatario de la cuantía es el sujeto sobre el que se produce el ilícito sin daño.

Una peculiaridad del ordenamiento inglés, y también en el americano, sobre la responsabilidad civil viene construida por la regulación de los criterios para evaluar el daño. En particular, hay que referirse a los “exemplary damages” o “punitive damages”, que contempla supuestos en los que las condenas indemnizatorias van más allá de la mera reparación del daño causado buscando finalidades sancionadoras o punitivas. Se otorga al resarcimiento de daños no sólo una finalidad de satisfacer al sujeto pasivo de la víctima sino también con para castigar al responsable y con fines de disuasión. Responde al reproche que se efectúa desde el punto de vista de moral, por la gravedad de la conducta causante del daño. Tradicionalmente, si el daño se había producido, aun

---

<sup>171</sup> Refiere DELL’AQUILA, Enrico. Ensayo...cit., p. 12, como el concepto de negligence está muy próximo al de acto ilícito extracontractual de los ordenamientos de tradición romanista.

<sup>172</sup> DIEZ-PICAZO, Luis. Derecho..., cit, p. 92. Igualmente BONET RAMON, Francisco. Perspectivas de la Responsabilidad Civil. Estudio de Derecho Comparado. Discurso de Ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. MADRID, 1975. P. 143 y ss. Para DELL’AQUILA, Enrico. Ensayo...cit., p. 17., el referido caso es fundamental en la configuración de la strict liability, pero recoge algunos supuestos anteriores que se apartaban de la exigencia de dolo o culpa en el agente. Menciona el tort de trespass to land, del cattle trespass y del daño causado por animales peligrosos.

<sup>173</sup> LOONEY, J.W., “Rylands v. Fletcher revisited: a comparison of English, Australian and American approaches to common law liability for dangerous agricultural activities”, *Drake Journal of Agricultural Law*, Vol. 1, 1996, p. 1 y ss.

<sup>174</sup> Para DIEZ-PICAZO, Luis. Derecho..., cit, p. 114, es una responsabilidad por riesgo. Para BONET RAMON, Francisco. Perspectivas..., cit, p. 144, no se trata de supuestos de responsabilidad absoluta ya que el causante puede exonerarse si hay culpa de la víctima, intervención de un tercero o fuerza mayor, o el autor obra en virtud de un poder a él confiado por una autoridad legal.

<sup>175</sup> DELL’AQUILA, Enrico. Ensayo...cit., p. 22.

de forma parcial, dándose negligencia por parte de la víctima, la otra parte quedaba exenta de responsabilidad<sup>176</sup>. Para paliar estas consecuencias, ajenas al derecho continental, en 1945 aparece la “contributory negligence Act” por la que se adopta reducir las indemnizaciones en función de la responsabilidad de la víctima, por lo que no se excluye la indemnización del causante, sino que únicamente se reduce en función de la negligencia de la víctima.

Además de los “Torts” y la “strict liability”, en Inglaterra se aplica una tercera regla<sup>177</sup>, que es la de la “res ipsa loquitur”<sup>178</sup> que supone la presunción de negligencia en la actuación del causante del daño, cuando este tiene el control sobre la cosa que lo ha causado, y además el daño no se hubiera producido normalmente de no existir negligencia por su parte, que quedará destruida si prueba la inexistencia de negligencia<sup>179</sup>.

## *2. La concepción de la Responsabilidad Civil en el Código Civil español.*

Nuestro Código Civil de 1889 viene profundamente marcado por el Código Napoleónico de 1804<sup>180</sup>, refririéndolos principios configuradores de la responsabilidad civil, tal y como se daban en él para establecer un sistema claramente situado en torno a la culpa, como elemento imprescindible de la obligación indemnizatoria<sup>181</sup>.

Nuestro Código Civil, recoge en el art. 1902 un principio general de responsabilidad civil, por la que todo aquél que cause un daño, interviniendo cualquier género de culpa o negligencia está obligado a reparar el daño causado. Es un precepto que colige, como

---

<sup>176</sup> DELL'AQUILA, Enrico. Ensayo...cit., p. 35 y ss.

<sup>177</sup> BONET RAMON, Francisco. Perspectivas...cit, p. 146.

<sup>178</sup> DELL'AQUILA, Enrico. Ensayo...cit., p., que habla de una presunción de negligence ex lege, en cuyo caso el causante tiene que probar su absence of negligence.

<sup>179</sup> Para BONET RAMON, Francisco. Perspectivas...cit, p. 147, no se trata de una responsabilidad objetiva, aunque en la práctica es muy difícil eliminar la presunción de culpa.

<sup>180</sup> DIEZ-PICAZO, Luis. Derecho..., cit, p. 83, afirma que en materia de responsabilidad civil está muy clara la influencia francesa, aunque Goyena insistiera en que el art. 1900 del Proyecto de 1851, que regulaba la responsabilidad civil por culpa o negligencia, estuviera vinculado a la Ley 6, Título XV de la Partida Séptima.

<sup>181</sup> DE ANGEL YAGÜEZ, Ricardo, Tratado de Responsabilidad Civil. MADRID, 1993. CIVITAS, 3ª Edición, p. 53. ROCA, Encarna, Derecho de Daños. VALENCIA, 1996. TIRANTO LO BLANCH, 1ª Edición, p. 19. O'CALLGHAN, Xavier. Código Civil, Comentado y con Jurisprudencia. MADRID, 1996. LA LEY-ACTUALIDAD, 1ª Edición, p. 1818.

lo hace el código francés, una regla general de responsabilidad civil, donde no hay casuística como en otros ordenamientos, sino un principio para todos los daños. Además, en ese precepto se exige para que surja la obligación de indemnizar el requisito de la culpa o negligencia, por lo que allí donde no se den no cabrá exigir obligación indemnizatoria alguna. El fenómeno de la culpa no se manifiesta sólo en la responsabilidad por los hechos propios, sino también en los supuestos de responsabilidad por actos ajenos, regulados en el art. 1903 CC., en el cual se permite quedar exonerado de responsabilidad si se logra probar la diligencia en la actuación. Estando esta configuración de la responsabilidad civil justificada por los mismo parámetros que la Codificación Francesa: revolución industrial incipiente, poca complejidad en los daños, ausencia de grandes riesgos, e individualismo<sup>182</sup>.

En conclusión, podemos afirmar que las regulaciones de la responsabilidad civil del Siglo XIX se da cierta homogeneidad en los elementos configuradores de la responsabilidad civil, de los que participa nuestro Código Civil. Así, la obligación indemnizatoria requiere de la existencia de unos requisitos que generan una gran uniformidad en los ordenamientos europeos: i) El daño causado debe estar basado en una acción del hombre, un acto humano, con conciencia y voluntad, lo que permite quedar exonerado cuando no existe la imputación de la conducta, al no existir la voluntad; ii) Existencia de un daño, con la pequeña particularidad referida para el ordenamiento inglés de la posible responsabilidad sin daño. La responsabilidad que se maneja en el S. XIX está claramente delimitada al margen del derecho penal, y por tanto no persigue conductas sino daños, y sólo donde estos se produzcan es donde entra en juego la responsabilidad; iii) Para darse la obligación indemnizatoria tiene que existir el nexo de causalidad entre la acción humana y el daño, por tanto tiene que existir una relación de causalidad que permita imputar de forma objetiva al sujeto el resultado producido<sup>183</sup>; iv) La culpa. Este es como ya hemos referido el elemento caracterizador de la responsabilidad civil existente en la época de las codificaciones que la doctrina sitúa como el eje en torno al cual gira su tratamiento. No cabe duda, de que en el estado en el que se encuentran las sociedades de la época únicamente cabe una responsabilidad

---

<sup>182</sup> DE ANGEL YAGÜEZ, Ricardo, Tratado...cit, p. 53, afirma que en la concepción reinante en la época, es visto con repugnancia que un sujeto pueda ser declarado responsable de un daño que no es fruto de su libre actuación.

<sup>183</sup> DIEZ-PICAZO, Luis. Derecho..., cit, p. 84 refiere, aunque sólo lo hace para las codificaciones de corte francés, cabe extenderlo al resto de ordenamientos de los países avanzados, que no se daban grandes problemas al llevar a cabo la imputación, por dos razones, porque aquélla debía de aparecer de manera casi inmediata, y porque la investigación de las causas estaba muy limitada por los medios disponibles.

porque se dé un reproche a la conducta del causante. Es un requisito que se da de manera uniforme en los ordenamientos derivados de la codificación francesa y que aparece claramente en los ordenamientos del common law a través de la expresión “*no liability without fault*”, exigido también expresamente también en la codificación alemana; v) No obstante, esta homogeneidad, sí hay alguna diferencia entre los regímenes existentes en el derecho comparado a la hora de delimitar los supuestos que dan lugar a responsabilidad civil. Así en las codificaciones de corte francés, existe un principio general de responsabilidad civil por todos los daños causados<sup>184</sup>, mientras que en los derechos del common law se aprecia una continuación de la situación casuística del derecho romano, cuestión que se aprecia en el derecho germano en el sentido de limitar o tipificar los daños que pueden ser objeto de indemnización.

Por tanto, y como hemos dicho anteriormente<sup>185</sup>, la responsabilidad civil que se da en la época de las codificaciones es una responsabilidad que tiene como apoyo fundamental el reproche a la actuación del causante del daño. Sólo cuando se da una actuación que merezca censura, una actuación que puede imputarse de forma subjetiva al causante, por haberla llevado a cabo por su culpa –tanto por existir dolo, como por darse negligencia o imprudencia-, es cuando deben aplicarse las normas de la responsabilidad civil, y derivar de ello la obligación del causante de indemnizar el daño causado.

La existencia de este régimen se ha apoyado en el particular estado de la sociedad que existía en la época<sup>186</sup>. El individualismo, el liberalismo, la situación económica con una industrialización en fases iniciales, la concepción de las relaciones jurídicas con unos derechos de propiedad y contractuales casi absolutos, en definitiva, todos los factores conllevaban la consideración de un sistema de responsabilidad civil que exigía que sólo apareciera la obligación indemnizatoria cuando el sujeto no había actuado adecuadamente, cuando pudiendo haber evitado un daño no había hecho lo correcto para que aquél no se produjese. Ello permitía que no hubiese obstáculos a la incipiente industrialización y maquinismo que estaba sufriendo la sociedad, y exoneraba a los profesionales de tener que soportar el daño derivado de los supuestos fortuitos, y con ello se buscaba un florecimiento económico. Tampoco podemos olvidar la influencia

---

<sup>184</sup> DIEZ-PICAZO, Luis. Derecho..., cit, p. 84, recoge como se recibe el alcance muy amplio de la vieja acción de la Ley Aquiliana, a través de “una fórmula de carácter abstracto y, por consiguiente, abierto, que comprende todo tipo de daño y todo tipo de acción (u omisión)”.

<sup>185</sup> Ver los argumentos recogidos para el derecho alemán, francés o español en los puntos 1.2.1. y 1.2.2.

<sup>186</sup> DE ANGEL YAGÜEZ, Ricardo, Tratado...cit, p. 52, afirma que esta teoría no fue fruto del capricho o del azar.

del Cristianismo y la labor de los canonistas a través del concepto de pecado, que supusieron un notable efecto sobre la codificación más importante del siglo, la francesa, lo que justificaba una sanción jurídica, la de reparar el daño, cuando el sujeto había actuado de forma inmoral. A ello se añade<sup>187</sup> como elemento para sostener el sistema subjetivado, la existencia de una conciencia social muy religiosa, donde la resignación ante las desgracias está muy extendida y se acepta, sin grandes problemas, la justificación de los daños por la voluntad de Dios.

#### **D. Desarrollo del tratamiento de la Responsabilidad Civil hasta la actualidad: la potenciación de la protección del perjudicado.**

Partiendo de lo examinado han de extraerse las conclusiones debidas acerca de cuales eran las funciones que tenía la responsabilidad civil en los ordenamientos decimonónicos. Ello nos lleva a concluir que los sistemas de la época se preocupaban más de las conductas de los sujetos que de los daños producidos, y aunque el requisito del daño es esencial, más aún lo es el requisito de la culpa en la conducta del sujeto, por lo que el sistema sólo actúa como sanción ante la conducta reprochable del causante. Estamos por tanto, en un marco preventivo-punitivo, donde lo relevante no es la víctima sino la conducta del causante.

Aunque privada de cualquier función sancionadora<sup>188</sup>, puesto que hay una clara separación derecho penal- derecho civil, y partiendo de que, la responsabilidad que es establece en este último, no supone un castigo, queda por examinar si la función establecida por los ordenamientos decimonónicos es únicamente reparar el daño o también existen otras motivaciones.

Es claro, que en las Codificaciones del Siglo XIX y el Derecho del Common Law la responsabilidad civil se da entorno al elemento culpa, (fault<sup>189</sup>, shuld, faute, colpa), de forma que la responsabilidad civil sólo surge cuando hay daño y supone un reproche directo a la conducta del causante cuando éste no ha actuado conforme a lo que le era

---

<sup>187</sup> Siguiendo a DIEZ-PICAZO, Luis. Derecho..., cit, p. 85.

<sup>188</sup> Siempre haciendo la salvedad del supuesto especial de los Punitive Damages del Common Law, que se estudiará posteriormente.

<sup>189</sup> Con la excepción referida en el Common Law de los supuestos, excepcionales, de strict liability que se dieron ya en el Siglo XIX.

exigible. El sujeto que causa un daño, sólo va a tener que indemnizar cuando en su actuar ha llevado a cabo actos reprobables, cuando se tiene algo que censurar. La<sup>190</sup> responsabilidad civil estaba destinada a moralizar las conductas individuales más que a asegurar a las víctimas la reparación de los perjuicios.

No obstante también parece que<sup>191</sup> si bien en origen la RC tenía una función puramente punitiva su evolución hasta la Codificación (de la ley del talión – proporcionalidad- que acabó con la venganza; la Ley de las XII Tablas desplaza el talión a la composición pecuniaria; la composición pecuniaria inicialmente voluntaria se convierte en forzosa; la separación del resarcimiento de la pena, que supondría el inicio de la historia de la RC; por obra de los canonistas apareció la restitución que sentó el concepto moderno de RC, que suponía una contradicción al acentuarse la culpa como criterio de imputación) ha ido concediendo una relevancia paulatina a los fines resarcitorios de la indemnización, que se plasma en la ausencia de diferencia indemnizatoria para la responsabilidad por culpa y para la responsabilidad objetiva. En las regulaciones del Siglo XIX, la función de la responsabilidad civil, no era meramente reparadora de los daños y perjuicios sufridos por las víctimas, sino que a través de esa institución se perseguían otros objetivos que los meramente indemnizatorios, persiguiendo finalidades enmarcadas en el contexto preventivo-punitivo del derecho. Sólo cuando el sujeto no ha actuado conforme a lo que el ordenamiento le exige, sólo cuando causa el daño existiendo dolo o culpa, es cuando el ordenamiento responde, exigiendo al causante la reparación del daño. Aunque el sujeto cause el daño, si no hay culpa, no hay obligación de indemnizar, si no hay conducta reprochable, el ordenamiento no considera el daño digno de ser reparado. Ante la alternativa causante-víctima, el ordenamiento no opta por la reparación del daño, sino por la censura de la conducta del causante, cuando evidentemente hay algo que censurar. Al legislador decimonónico le importa más la conducta que el daño causado.

Ante el daño, el ordenamiento no exige indemnización al causante si no hay culpa en su actuación, porque no encuentra razón alguna para ello. Sin embargo, cuando hay reproche a su conducta, le castiga, obligándole a indemnizar el daño, pero a la vez, muestra a la sociedad y al propio causante las consecuencias derivadas de una conducta

---

<sup>190</sup> Citada por DIEZ-PICAZO, Luis. Derecho..., cit, p. 85, con quien el autor parece mostrarse de acuerdo.

<sup>191</sup> MEDINA CRESPO, M., "Responsabilidad extracontractual: La articulación refundida de sus disciplinas divergentes...cit., p. 6

no adecuada. Las funciones preventivo-punitivas están impresas en los propios textos legales, y vienen claramente derivadas de los antecedentes ideológicos, sociales, económicos y jurídicos de la sociedad de entonces.

El cambio de circunstancias socioeconómicas, la aceleración del progreso tecnológico, el aumento y diversificación de los riesgos en su conjunto, o el creciente desarrollo de actividades colectivas en el marco de “unidades de producción”, dio lugar a un profundo cambio que modificó los criterios tna individualistas y subjetivos del art. 1902 CC en su estado más embrionario. El tratamiento que hasta ese momento se venía haciendo ya no servía para identificar y resolver, en todo caso, a qué sujeto se le atribuye la responsabilidad, ya que era necesario individualizar al causante, o admitir la concurrencia, o la prevalencia entre distintos comportamientos, dada la existencia de daños que no pueden imputarse individualmente <sup>192</sup>, como consecuencia de la combinación de la actividad de diversos individuos, que complica mucho más el establecimiento, con seguridad, de las relaciones de causalidad entre un daño y la actuación de cualquier participante en una actividad lesiva, a la vez que se produce un profundo aumento de los daños en número y gravedad.

Son muchas las razones que llevaron a superar la estructuración del sistema de la responsabilidad civil basada en la culpa, como el destacado aumento de actividades peligrosas, “de riesgo”, o el mayor número de sujetos en disposición de sufrir daños, e incluso un cambio en la ideología que trasciende del individualismo, contribuyendo a variar las posiciones hacia un reconocimiento de supuestos, donde la objetivación de la responsabilidad se instrumentaba como medio para la protección de los perjudicados. No sólo los comportamientos culposos darán lugar a la reparación del daño causado. sin que ahora el criterio único de la culpa parezca tan predominante. El juicio sobre la idoneidad de criterio de imputación no conlleva siempre una contestación clara ya que, en algunos supuestos, no cabe respuesta porque no se logra imputar objetivamente a ningún sujeto la realización de los daños, porque la culpa se diluye en una actividad productiva, lo que implica que de no poderse acreditar los elementos constitutivos de la responsabilidad civil, es la víctima la que termina soportando el daño.

---

<sup>192</sup> Como afirma DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños...*, cit., p. 160 muchos eventos dañosos son difícilmente imputables a un individuo aislado.

Es por ello, por lo que la función de reproche de la responsabilidad civil, producida como consecuencia de una conducta imputable al causante, se va desplazando al surgir la necesidad de tutelar a los perjudicados. Para ello se modifican por varias vías la estructura de la responsabilidad, que aunque mantiene vivo el principio generalista de responsabilidad por culpa del art. 1902 CC –norma básica y subsidiaria, ex art. 4 CC, para todo el sistema jurídico-, y debido a la labor del legislador, de la doctrina y de la Jurisprudencia, adquiere progresivamente fines de indemnizar a la víctima por el daño sufrido, incluso variando los criterios tradicionales de imputación.

El principio culpabilístico tan proclamado y aceptado en el siglo XIX, comienza a verse abandonado a finales del propio siglo, a través de la actuación de los tribunales<sup>193</sup>, y de algunas normas –en especial en materia de accidentes de trabajo y de accidentes ferroviarios-<sup>194</sup> que empiezan a fijarse más en las víctimas que en los causantes, y por tanto, les preocupa que el dañado quede sin protección, aunque no exista un reproche directo y probado del causante. Los primeros pronunciamientos sitúan en una mejor situación procesal al perjudicado de lo que derivaba de la aplicación rígida de la normativa vigente. Esta tendencia jurisprudencial en materia de responsabilidad civil, viene justificada por múltiples razones, entre ellas la aparición de nuevas actividades que conllevan grandes riesgos, y con ello el aumento de los daños y de la gravedad de los mismos. También se empieza a justificar la tendencia en la necesidad de proteger a las víctimas frente a los daños que sufren. Sin embargo, y a pesar de que la víctima tenga una mejor posición procesal al reclamar la correspondiente indemnización, no se quiere y por ello no se busca justificación alguna, abandonar el principio culpabilístico, el cual se considera, al menos teóricamente, como el centro del sistema.

En el cambio hacia la objetivización de la responsabilidad en las normas, se utilizó, inicialmente, por los tribunales, a falta de culpa o negligencia, la denominada “inversión de la carga de la prueba”, por la que en lugar de ser la víctima sobre quien recae la prueba de la conducta culposa del agente, es al causante a quien le corresponde una cumplida prueba de que obró con toda la diligencia exigible; aunque posteriormente, la carga de la prueba se hace insostenible al exigirse la misma de manera desmedida,

---

<sup>193</sup> STS (S 1ª) 10.07.43

<sup>194</sup> DÍEZ PICAZO, L. “Culpa y riesgo en la responsabilidad civil extracontractual”, en AFSUAM 4, 2000, p. 153 y ss.



sin que el cumplimiento de la normativa legal ya no es prueba suficiente de haber obrado con la debida cautela; un nuevo hito que modifica el criterio de responder por culpa lo constituye la denominada “teoría del riesgo”, que al margen de conductas reprobables, requiere de quienes crean riesgos en su beneficio, la obligación de responder por los daños causados<sup>195</sup>; finalmente, son cada vez más numerosas la leyes especiales (en accidentes de circulación, navegación aérea, energía nuclear, etc.) que establecen un sistema de responsabilidad objetiva, o cuasiobjetiva, para los supuestos que regulan, y que obligan a resarcir los daños ocasionados con independencia del elemento culpa respecto de aquél al que se le imputa el daño. Incluso, en determinados supuestos, se facilita la indemnización al relativizarse la exigencia de la causalidad, ya que en ocasiones se presume su existencia si el daño puede derivarse del ejercicio de una actividad productiva, en la que no puede individualizarse el daño imputado.

A pesar de que la tendencia de la jurisprudencia es clara desde finales del Siglo XIX en Derecho Comparado, y desde mediados del Siglo XX en España, en pos de favorecer al perjudicado, imputando los daños al causante presumiendo la culpa del mismo, lo cierto es que el pilar central y básico sigue siendo el principio culpabilístico, y así se mantiene en todas las resoluciones<sup>196</sup>. Se debe indemnizar porque los daños son imputables por culpa, aunque ésta se haya presumido, o sencillamente, el causante no haya logrado demostrar la ausencia de la misma en su actuación. El criterio de la culpa realmente pierde su posición, prácticamente exclusiva, cuando, desde mediados del Siglo XX, en otros países, y en los años setenta y ochenta en España, se empieza a utilizar el criterio de la responsabilidad por riesgo, lo que supone una clara tendencia objetivadora de la responsabilidad civil, y con ello la sustitución del criterio de imputación de los daños, pasando del criterio de la culpa al de la responsabilidad por riesgo. Sin embargo, cuando se produce esta imputación, en realidad, y así se recoge en la Jurisprudencia española y de derecho comparado, hay algún reproche al sujeto que maneja la actividad de riesgo, al no controlar el mismo y no garantizar el buen funcionamiento de la actividad o bien peligroso. Hay una evidente tendencia a la búsqueda de la indemnización del perjudicado, pero parece existir también una

---

<sup>195</sup> Por todas STS (S 1ª) 25.04.88 - RJ 1988\3277

<sup>196</sup> Es muy ilustrativa, en este sentido, la opinión de ROCA TRIAS, E., “El riesgo como criterio de imputación subjetiva del daño en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español”, en Indret.com, 4/2009, p. 5 y ss.

desaprobación de la conducta del causante, quién aunque no existiera culpa en su conducta, si tuvo o debió tener el control sobre la fuente de peligro.

La evolución jurisprudencial y normativa llevada a cabo, no queda en un sistema de imputación subjetivo con atenuación o a veces ausencia del elemento culpa. En numerosas sentencias lo que se persigue, en España y en el derecho comparado, es la indemnización de la víctima y para ello no se duda en recoger otros criterios de imputación como con la equidad, la garantía o la asegurabilidad del riesgo. Sin embargo, aunque parezca que la RC busca únicamente la indemnización del responsable, cuando los tribunales optan por un criterio de imputación hay siempre una razón detrás para optar entre el causante o la víctima a la hora de elegir al sujeto que soportará los daños. Normalmente se aprecia en las resoluciones una opción a favor del que menos podía hacer por evitar el daño, del sujeto más inocente, y en cierta manera algo de reproche hacia el sujeto al que se le imputan daños. No obstante, a veces los presupuestos se confunden y las instituciones se distorsionan llegando incluso a establecerse normativamente que, en los supuestos de daños causados por un miembro indeterminado de un colectivo, cabe afirmar la responsabilidad solidaria de todos ellos si se trata de actividades cubiertas por un seguro obligatorio, e incluso también si están cubiertas por un seguro voluntario porque en estos supuestos no hay conflicto entre la equidad debida a la víctima y la debida al demandado<sup>197</sup>

### **III. FUNCIONES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.**

#### **A. La función como eje vertebrador del régimen jurídico.**

Es esencial poder determinar la función que la regulación de la responsabilidad por daños cumple en el ordenamiento, es decir, calificar su finalidad normativa, a través de la cuál el sistema jurídico pretende conseguir determinados objetivos, con independencia de cuáles sean otros fines o efectos que pudiera lograr la norma. La relevancia de la función se ha puesto de manifiesto por nuestra doctrina<sup>198</sup>, ya que la

---

<sup>197</sup> PANTALEÓN, F., Responsabilidad civil extracontractual. Accidente de circulación. Ámbito de cobertura del Seguro Obligatorio”, CCJC, nº 3, 1983, p. 837 y ss.

<sup>198</sup>; PANTALEÓN, F., “Comentarios al artículo 1902 Cc.”, en VVAA., *Comentario del Código Civil*, Paz-Ares Rodríguez, C., Díez Picazo Ponce de León, L., Bercovitz, R. y Salvador Coderch, P. (dirs.), Madrid 1991, tomo II; SALVADOR CODERCH, P. y CASTIÑEIRA PALOU, M.T., *Prevenir y castigar*, Madrid 1997, ;DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños*, Madrid 1999, ; PANTALEÓN, F., “Como repensar la responsabilidad civil extracontractual (también de las Administraciones públicas)”, en Pantaleón, F.

existencia de una determinada función supone una pauta, un instrumento esencial para la construcción de la institución en todos aquellos aspectos que el propio ordenamiento no indica expresamente y que requiere de una rigurosa labor de integración de sus elementos componentes cuando estos no se expresan en la regulación normativa. Obviamente, a ello se añade que la determinación de una función, u otra, influye de manera sustancial sobre la interpretación de la institución, tanto en lo que se refiere a los elementos que se nos otorgan por la norma (así, la existencia de la culpa es un elemento claramente definitorio de nuestro sistema legal, tal y como se contempla en el art. 1902 CC) como por aquellos que debemos integrar en la configuración de la institución, tal y como acontece con las reglas de imputación que no se delimitan en la norma de manera expresa y cuya integración y posterior interpretación necesita de los adecuados elementos valorativos para cumplir con la función que entendamos le corresponde a esta institución. Si bien estos dos aspectos ya han sido destacados por nuestra doctrina,<sup>199</sup> cabe añadir un tercer aspecto relevante, consistente en que la delimitación de su función nos permite situar a la institución en el sistema jurídico en el que se encuentra definiendo su ámbito de actuación, marcando las diferencias de relevancia con instituciones de índole inicialmente similar. Es decir, la función es una cuestión de extremada relevancia pero también de enorme urgencia en su identificación porque nos permitirá integrar, para aplicar e interpretar el derecho a determinados supuestos pero también nos permitirá excluir de su ámbito, y remitirlo a la institución jurídica

---

(edic.) *La responsabilidad en el Derecho. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* 4 (2000), también se puede disponer de una copia en [www.asociacionabogadosrcs.com](http://www.asociacionabogadosrcs.com) -que será a la que haremos referencia en este trabajo-; V Congreso de la Asociación Abogados especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, celebrado en noviembre/2002 en Granada; PENA LÓPEZ, J.M., “Función, naturaleza y sistema de la responsabilidad aquiliana en el ordenamiento jurídico español”, en *RDP*, marzo-abril 2004, ; MEDINA ALCOZ, M., “La función de la responsabilidad civil extracontractual” en *Anuario de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación*, 2002-2003-2204, p.. 489 y ss. ; KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., “Funciones y fines de la responsabilidad civil”, en *Homenajes a los Congresos de Derecho Civil*, Tomo III, Córdoba (Argentina) 2009, p.. 1287 y ss. p. 1287 y ss. En la doctrina extranjera ver los trabajos de Kötz, H, Wagner, G., “Deliktsrecht”, 11 Auflage, Munchen 2010; AA.VV., *Ökonomische Analyse der europäischen Zivilrechtsentwicklung*, Herausgegeben von Thomas Eger und Hans-Bernd Schäfer, Tübingen 2007; Rodota, S., *Il problema della responsabilità civile*, Milano 1964, Trimarchi, P., *Rischio e responsabilità civile*, Milano 1961. En el Derecho Anglosajón la bibliografía sobre el tema es muy profusa y el estudio entre las distintas posiciones es constante, pueden verse los trabajos de VVAA., *The Philosophical Foundations of Tort Law*, Owen, D. (dir.), Oxford 1997; ABRAHAM, K. *The forms and functions of Tort Law* (2 ed. 2002), EPSTEIN, R., *Torts* (1999); Coleman, J., and Mendlow, G., “Theories of Tort Law”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2010 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <http://plato.stanford.edu/archives/fall2010/entries/tort-theories/>, y desde la perspectiva del análisis económico del derecho los trabajos de POSNER, R, *Economic Analysis of Law*, 2007; SHAVELL, S., “Economic Analysis of Accident Law”, en *FOUNDATIONS OF ECONOMIC ANALYSIS OF LAW*, Cambridge, MA – 2003, disponible en NBER Working Paper No. 9694 May 2003.

<sup>199</sup> MEDINA ALCOZ, M., “La función de la responsabilidad civil extracontractual” en *Anuario de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación*, 2002-2003-2004, p. 489

procedente, aquellos supuestos que no resulte adecuado incluirlos en el ámbito de la responsabilidad indemnizatoria por no responder los mismos a las funciones pretendidas en la norma. Estas razones justifican el entrar en el examen de las distintas funciones atribuidas para poder determinar cuál es la función que, en esta tesis, se sostiene y defiende. La función que le reconozcamos delimitará la inserción o no de determinados supuestos, en función de las estructuras de imputación que dicha función nos permitan elaborar. Una función preventiva acentuaría el carácter motivador de las conductas, como motor de la institución, apartándose de los mecanismos de protección de las víctimas, lo que debería exigir una estructura de imputación muy próxima al Derecho Sancionador. Por el contrario, una función meramente reparadora, obviaría la función del ordenamiento como regulador de las relaciones humanas, impidiendo la generación de incentivos para evitar los efectos lesivos y asentaría la estructura de imputación en el daño y en un criterio de imputación de la responsabilidad, ajeno al control de los riesgos de los que dimana el efecto lesivo

Un análisis finalista de la responsabilidad civil no puede realizarse exclusivamente desde el punto de vista de la concreta consecuencia que acarree la imputación de la misma a un determinado sujeto, precisamente porque es erróneo determinar la función de la institución desde el corolario hacia el origen y no desde la fuente de la responsabilidad y su justificación en el ordenamiento. Desde el efecto jurídico no puede extraerse la causa por el cuál el mismo es aplicado, sino que por el contrario el fin deriva de la regulación por la cuál el legislador a raíz de la producción de determinados hechos les une determinadas consecuencias jurídicas, en este caso, la obligación de indemnizar los daños y perjuicios ocasionados. Es decir, las normas reguladoras de la denominada responsabilidad civil establecen un efecto, unas consecuencias indemnizatorias, como instrumento contra determinados supuestos que son la causa del daño, pero el problema no está en saber cuál es la función del resultado en el que se concreta la sanción jurídica prevista sino determinar la finalidad de la regulación jurídica por la que recae sobre uno o varios sujetos, sean personas físicas o jurídicas, la condición de responsable y por virtud de la cual se le obliga a reparar los daños sufridos por la víctima. A estos efectos no es relevante si el legislador del Código Civil tuvo o no en cuenta qué función deseaba obtener con la institución<sup>200</sup> sino si como la estructuró y

---

<sup>200</sup> CARRASCO PERERA, A., “Comentario a la STS (Sala 1ª) de 14 de diciembre de 1993, Propiedad intelectual. Derecho moral de autor. Indemnización del daño moral”, CCJC núm. 33, p. 1111 y ss. afirma que nuestro legislador no tenía concepciones previas sobre la función de la responsabilidad civil.

por tanto que objetivos son viables a través de la misma, en especial teniendo en cuenta la evolución que ha sufrido desde su regulación.

Por ello, no deben mezclarse, aunque vayan ligados inexorablemente, la obligación indemnizatoria en que se concreta la sanción jurídica que recae sobre el responsable y la imputación a este último, que es la que construye el requisito previo e imprescindible, de tal condición y de la que deriva precisamente la primera. La solución más sencilla es afirmar que la responsabilidad civil es un instrumento por el que se determina que el perjudicado tiene que ser indemnizado por el dañante o el causante cuando existe una razón determinada (sea la culpa, el riesgo, la responsabilidad vicaria<sup>201</sup>, una concepción de la justicia, como la conmutativa<sup>202</sup>, o la existencia de deberes morales en el responsable<sup>203</sup>). Sin embargo, el indemnizar no puede ser el fin de la responsabilidad civil, aunque sí lo sea el de la obligación indemnizatoria, pero una vez que hayamos establecido quién ha de hacerlo, quién ha de asumir esa obligación. Afirmar que la responsabilidad civil consiste o pretende consistir en indemnizar un daño porque en ello se concreta cuando aquella se declara lleva a un argumento circular y a una tautología que sólo ve la consecuencia jurídica, pero que sigue sin poder explicar lo esencial. Lo relevante no es a qué se condena, sino a quién se ha de condenar y, sobre todo, porqué se ha de condenar a un sujeto en concreto, que es justamente lo que deriva de la función aplicable.

Ello exige separar conceptualmente la que constituye la finalidad de la condena a indemnizar, que es de naturaleza indiscutiblemente indemnizatoria -sólo se cumple si hay daño y su extensión deriva precisamente de la entidad del daño y no de la gravedad de la conducta del responsable-, de la que es la finalidad buscada por la institución de la responsabilidad civil que no tiene porque necesariamente ser la misma, y que se concreta en esa obligación de reparar el daño. La solución, de reparar el daño, no puede darnos la identidad de la institución, porque sólo expresa su efecto, pero falta resolver, previamente, a cargo de qué sujeto se imputa esa indemnización y soporta definitivamente el daño. Por todo ello, la función de la responsabilidad civil no se

---

<sup>201</sup> En este sentido el art. 1:101 de los PETL que afirma que el daño puede ser imputado a una persona en función de la culpa, la actividad anormalmente peligrosa o la causación por un auxiliar. Véase sobre los PETL, los comentarios contenidos en la obra European Group on Tort Law, *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*, traducción coord. Por Martín-Casals, M., Cizur Menor (Navarra) 2008

<sup>202</sup> MEDINA ALCOZ, M., “La función de la responsabilidad civil extracontractual, cit., p. 493

<sup>203</sup> OWEN, D.G.”Philosophical Foundations of Fault in Tort Law” en VVAA., *The Philosophical Foundations of Tort Law*, Owen, D. (dir.), Oxford 1997.

obtiene en virtud de la prestación a la que se obliga al responsable, sino en base a los parámetros por los que se hace responsable a un sujeto, y no a otro. Así, serán distintas las funciones de la obligación indemnizatoria de las que corresponde a la responsabilidad civil. La llamada búsqueda de un patrimonio que postulan quienes defienden una función correctiva o distributiva de la responsabilidad civil<sup>204</sup> genera equívoco, ya que esta institución no traslada la carga con la obligación de indemnizar al sujeto con mayor solvencia o con mayor poder adquisitivo, sino al responsable, el cuál deriva o se configura en tal condición, no precisamente por su posición como realizador de un amasamiento de fortuna, sino de la imputación, por diversas, pero ligadas por un mismo elemento, razones, de rol de responsable del daño acaecido al perjudicado<sup>205</sup>.

Si partimos de la indiscutible función de la obligación indemnizatoria como reparadora del daño<sup>206</sup>, hemos de considerar a qué fines viene a responder la concreta institución en la que esa obligación indemnizatoria queda enmarcada, pero que no debe provocarnos la confusión acerca de los objetivos perseguidos por la responsabilidad civil como entidad jurídica, aunque aquella incida, claro está, de una manera evidente sobre la misma. Los fines de una y otra no tienen porqué responder a fundamentos idénticos, en cuanto que la responsabilidad no se predica de alguien en virtud de sus posibilidades de cumplir la obligación en que se concreta la consecuencia jurídica en que incurre el responsable, ni de un incondicional derecho del perjudicado a ser resarcido, sino de las posibilidades de control de la fuente de peligro lesiva (esto claramente se establece en nuestros arts. 1902 y 1903 –en relación este último con el art. 1904- CC), para poder proceder a la imputación a ese agente de control de riesgos, en los que es un presupuesto, imprescindible pero no siempre suficiente, para hacer recaer sobre él las referidas consecuencias jurídicas indemnizatorias. Es decir, no podemos postular que la “sanción” lato sensu es quien dirige y justifica la institución, puesto que si ello fuera así lo haría muy mal, ya que dicha consecuencia no es automática ante el daño sino que es un resultado derivado de un análisis previo que determina quién carga con el peso de la reparación. Es obvio que determinado el causante, éste debe

---

<sup>204</sup> Véase sobre configuración tradicional en Salvador Coderch, S. et alli, “El remedio indemnizatorio en el derecho español de daños”, 3ª edición 2014, disponible en indret.com, p. 22.

<sup>205</sup> Es necesaria la buena razón para aquellos que defienden la función compensatoria de la responsabilidad civil, como PANTALEÓN, F., “Comentarios al artículo 1902 Cc...cit,

<sup>206</sup> Sólo en este sentido nos parece aceptable la afirmación de parte de la doctrina que realiza en el sentido de que “Nadie pone en duda que la responsabilidad civil cumple una función reparadora o compensatoria de los daños producidos”, como efectúa MEDINA ALCOZ, M., “La función de la responsabilidad civil extracontractual...cit., p. 492

indemnizar y con ello reparar el daño, pero este arrastre de un determinado individuo no se justifica en la indemnización sino que, en un sentido inverso, el sujeto que indemniza lo hace porque previamente se le atribuye el daño.

Muchas son las funciones que se han atribuido a la responsabilidad civil. Entre ellas, la doctrina coincide en que la función compensatoria o indemnizatoria es consustancial a dicha institución, cuando menos porque la consecuencia que la norma prevé es precisamente la de reparar el daño. Lo que condiciona la interpretación de la norma, la función de la institución y las propuestas de modificación normativa<sup>207</sup>. Mayores problemas plantea asumir que, además de reparar, la responsabilidad civil busca objetivos de prevención del propio daño, es decir, evitar que aquel se produzca, y por lo tanto actuar *ex ante*, y no sólo *ex post*, como lo haría si su objetivo, y con ello sus medios, actúan una vez producido el daño. No obstante, las normas se sitúan en un panorama de relación entre sus destinatarios, unas reglas del juego, y como tales normas, contemplan consecuencias jurídicas, cuando las mismas no son satisfechas. Es decir, el Derecho marca un estado de las cosas deseado, ordena o prohíbe conductas, protege intereses, reconoce facultades a los sujetos, etc., y también, fruto de la naturaleza normativa, contempla mecanismos, herramientas para satisfacer el estatus deseado, que tienden a motivar las conductas de los sujetos a los que la norma se dirige para que el mismo ordenamiento sea respetado, bien con mecanismos *ex ante*, evitando la alteración del mismo o con subrogados del cumplimiento, cuando la afectación ya se ha producido, pero con claros efectos preventivos *ex post* para enervar futuras alteraciones del estadio pretendido. El Derecho promueve relaciones determinadas, a través de instrumentos con los que pretende obtener sus objetivos,<sup>208</sup> incentivando o desincentivando determinadas conductas para que las mismas se produzcan, o no, en un futuro (es un estado apriorístico deseado por el legislador que promueve a través de las normas), o premiando o sancionando conductas cuando las mismas se han realizado en cumplimiento de los incentivos o desincentivos programados por el sistema jurídico<sup>209</sup>. Es decir el Derecho promueve o previene conductas deseables o indeseables antes de

---

<sup>207</sup> Véase SHAPELL, S., "Economic Analysis of Accident Law", en *FOUNDATIONS OF ECONOMIC ANALYSIS OF LAW*, Cambridge, MA – 2003, disponible en NBER Working Paper No. 9694 May 2003, p. 9 y ss.

<sup>208</sup> BOBBIO, N., "Sulla funzione promozionale del diritto", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, XXII, 4, 1969, p. 1312 y ss.; BOBBIO, N., *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, 2007

<sup>209</sup> VILAJOSANA RUBIO, J.M., "Funciones del Derecho: un marco conceptual", disponible en [http://www.upf.edu/filosofiadeldret/\\_pdf/vilajosana-funciones\\_del\\_derecho.pdf](http://www.upf.edu/filosofiadeldret/_pdf/vilajosana-funciones_del_derecho.pdf), p. 4 y 5.

que se produzcan (en definitiva, todas las normas pretenden regular las relaciones sociales y generar ese estado ideal) y vuelve a incentivar o desincentivar conductas idénticas cuando las mismas se han producido (a través de premios o de sanciones) para motivar y generar incentivos hacia el status quo que se desea. En todas las normas, hay un estado deseado (incentivando a lograrlo o desincentivando a modificarlo) y por tanto hay un mecanismo preventivo, ex ante a la conducta, que impulsa a los sujetos a cumplirlo a lograr la meta deseada por la el sistema jurídico. Es decir, esa función preventiva sí está implícita en la responsabilidad civil pero también lo está en cualquier otra institución como, obviamente, en la responsabilidad penal o administrativa, o en la nulidad, o en la mora, etc.

Sin menospreciar la función preventiva, que está a nuestro juicio, incluida en todas las normas que configuran imperativamente las relaciones entre sus destinatarios (prohíben, ordenan, determinan los presupuestos para constituir un derecho, o una relación jurídica, etc.), debemos encontrar el fundamento sobre el que pivota toda la Responsabilidad Indemnizatoria, identificando la función que la misma viene a cumplir o la justificación de su existencia. Ello nos permitirá encontrar las interpretaciones adecuadas en los denominados casos complicados y nos facilitará la integración en los supuestos en los que el Derecho o la voluntad de las partes sólo nos dan parcialmente los elementos para hacer o no a un sujeto responsable de un daño. Por supuesto, ese fundamento esencial, también, nos va a permitir diferenciar, distinguir y separar los casos (ex lege o ex voluntate) en los que la finalidad indemnizatoria responda a esta responsabilidad o la que pueda responder a otras funciones. Como ya hemos referido, esta última utilidad permite asignar supuestos y distinguir otras instituciones facilitando la integración, construcción y aplicación adecuada del sistema jurídico.

Téngase en cuenta que una vez identificada la función, como objetivo a obtener con la institución de la responsabilidad civil, la aplicación del régimen de la responsabilidad indemnizatoria a otras instituciones además de ser ineficiente es reiterativa, por la sencilla razón de que, sin mayor examen que la literalidad de los textos legales más esenciales de cualquier ordenamiento (art. 1902 CC., Codice Civil, § 823 BGB, etc..) esa responsabilidad ya existe y se generaliza a todos aquellos supuestos en los que existen los daños susceptibles de ser reparados. Por ello, si el legislador contempla supuestos de responsabilidades no meramente indemnizatorias, no se pueden extrapolar, sin un análisis previo de la finalidad pretendida, aquél régimen de responsabilidades que



se concretan en reparar el daño causado. Sólo si las finalidades de unas y otras son conjugables, si la ratio normativa es coincidente, podemos extrapolar normas o elementos de una institución a otra cuando el legislador, o la voluntad de las partes, han dejado un hueco a cubrir. Esa es el fundamento de la analogía<sup>210</sup> y ese debe ser el camino a recorrer, porque lo demás son interpretaciones, integraciones o aplicaciones del Derecho contra el Derecho. A estos efectos, y antes de justificar porque no existe una específica función preventiva en la responsabilidad civil e intentar encontrar el valor esencial que justifica la obligación indemnizatoria del declarado responsable, realicemos un análisis de las diversas funciones que han sido afirmadas por la doctrina.

## **B. Función indemnizatoria**

La función indemnizatoria de la responsabilidad civil (a veces denominada compensatoria, o restauradora, resarcitoria o reparadora) es afirmada sin matices por la inmensa mayoría de la doctrina civilista española<sup>211</sup>. Se parte de que con esta institución la víctima de un daño tiene el derecho de exigir al responsable que proceda a repararlos, por lo que, cuando menos a través del cumplimiento de esta obligación se están cumpliendo objetivos indemnizatorios del daño, producido a la víctima, imputándosele a otro sujeto, que es el responsable o también causante. El problema reside en que la atribución de tal condición es un problema que requiere ser resuelto a priori, en cuanto que para imputarle debemos encontrar, antes, criterios fundamentados en Derecho que permitan hacerle responsable y, por tanto, obligarle a reparar el daño. Sí existe una regla general en el Derecho de la Responsabilidad Civil por la que se afirma que el daño se queda donde se sufre, o se asume por quién lo sufre, salvo que exista una buena razón para que éste se traslade en perjuicio de otro sujeto, que por ser considerado responsable sufre un daño, al trasladarse a su patrimonio, que sufre una disminución debido al crédito de la indemnización que ha de realizarse<sup>212</sup>. El que la

---

<sup>210</sup> DIEZ-PICAZO, L., *Experiencias jurídicas y teoría de derecho*, Civitas 1983

<sup>211</sup> Por todos véase PANTALEÓN, F., “Como repensar la responsabilidad civil extracontractual (también de las Administraciones públicas)...cit.; o MEDINA ALCOZ, M., “La función de la responsabilidad civil extracontractual...cit., p. 493.

<sup>212</sup> DIEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños*, Madrid 1999, p. 42. o SALVADOR CODERCH, P. en SALVADOR CODERCH y CASTIÑEIRA PALOU, M.T., *Prevenir y castigar*, Madrid 1997, p. 101 y ss. Cita el autor que estas ideas fueron ya expuestas por WENDELL HOLMES, O. “Common Law”, véase

condena sea indemnizatoria no es un criterio suficiente para sostener una función de esta índole. No existe una responsabilidad por la mera participación en la causación, ni una responsabilidad basada en la existencia de un patrimonio que pueda soportar el efecto lesivo.

La reparación del daño es precisamente la consecuencia derivada de la consideración de un sujeto como responsable, que esta obligado a desplegar los medios suficientes para que el daño de su acreedor, quede reparado o compensado. Ahora bien, el daño no se desaparece, sino que se traslada a ese responsable, que lo asumirá sobre su patrimonio, pudiéndolo, en su caso, trasladar a su vez sobre otros sujetos, que sean corresponsables del daño o aseguradores que pudieran dar cobertura a esos siniestros.

Es evidente que la consecuencia jurídica prevista en la responsabilidad civil no supone una reparación del daño, en abstracto, sino su traslación a cargo de uno o varios sujetos, a favor del perjudicado, que sufre en primera instancia la lesión. No hay una desaparición de aquél sino un mecanismo de transferencia del daño –o de sus costes– desde el perjudicado a otro sujeto distinto, puesto que esta es la consecuencia de estimar a este último como responsable. Por ello se ha dicho que esta finalidad indemnizatoria es una obviedad, salvo que se afirme que su función sería “determinar en qué condiciones las víctimas serán compensadas”<sup>213</sup>. Que la responsabilidad civil determina quién se hace cargo del daño es una obviedad que se puede extraer del tenor literal de los preceptos que la regulan, pero que ello sea debido a que su propósito exclusivo sea reparar ese daño, es una cuestión bien distinta, en cuanto que si se determina la inexistencia de un responsable del daño, éste lo sufre el perjudicado; si se determina la existencia de un responsable, el daño lo termina sufriendo este último, aunque la responsabilidad civil no determina porque este último no pueda a su vez ser resarcido<sup>214</sup>. La condena a indemnizar determina la reparación de un daño pero su traslado patrimonial al responsable. Debe existir alguna razón que justifique esa transferencia de las pérdidas a quien es condenado y esa es la función de la institución de la responsabilidad civil que nos permitirá construir una estructura de imputación adecuada.

---

una visión crítica sobre la responsabilidad por riesgo en GONDRA ROMERO, J.M., Derecho Mercantil. Introducción, Madrid 1992, p. 92 y ss.

<sup>213</sup> GÓMEZ POMAR, F., “Conceptos fundamentales de Derecho de Daños (Tema 1), versión actualizada a 16.6.2005, en [www.upf.es](http://www.upf.es), p. 3

<sup>214</sup> PANTALEÓN, F., “Como repensar la responsabilidad civil extracontractual...cit.

Es por ello, que afirmar que la responsabilidad civil tiene una función compensatoria en base a la sanción prevista para el supuesto de que den los presupuestos establecidos para que surja la obligación indemnizatoria no soluciona problema alguno, ni nos orienta respecto de cuáles deben de ser las pautas en la aplicación de las normas de responsabilidad civil en base a criterios teleológicos o finalistas de la propia norma. Afirmar fines indemnizatorios de la responsabilidad civil no implica negar la existencia de otros. La doctrina no ha tenido reparos en afirmar que la responsabilidad por daños de la Administración pública no sólo tiene funciones resarcitorias sino que supone un principio de orden que sirve al principio constitucional de eficacia<sup>215</sup> o, en el ámbito del Derecho Mercantil, se afirma sin reparos la eficacia de la responsabilidad civil para guiar la adecuada conducta de los administradores en las sociedades de capital evitando conductas lesivas para éstas<sup>216</sup>.

No obstante lo dicho, no son pocos los autores que afirman la función compensatoria como base del sistema de responsabilidad civil, o incluso como única función del mismo<sup>217</sup>, lo que supone una intervención del Derecho ex post, que puede perjudicar a quienes se pretende defender, en cuanto que sólo actúa cuando se ha producido el daño a los perjudicados, pero sin que tenga ninguna relevancia a efectos de evitarlo. Si éste es el objetivo, además de que no parece cumplirse en todos aquellos casos en los que no existe responsabilidad, o en los que se da una infracompensación<sup>218</sup>, la función se diluiría cuando existen sistemas alternativos, utilizados en otros

---

<sup>215</sup> DÍEZ SÁNCHEZ, J.J., “Las acciones de regreso contra autoridades y funcionarios públicos”, en *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Moreno Martínez, J.A. (coord.), Madrid 2007, p. 213.

<sup>216</sup> SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, Cizur Menor (Navarra) 2007, 2ª ed

<sup>217</sup> Aunque tampoco faltan quienes no están tan de acuerdo, como DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daño...*cit., p. 42 quien afirma que “el daño se pone a cargo de otra persona distinta del que lo sufre porque aquella no hizo lo que debía haber hecho y, si hubiera actuado debidamente, el daño no se hubiera producido”. No parece, por ello que la función compensatoria o reparadora sea la esencia de esta institución, por mucho que produzca esos efectos, eso sí, sólo en la víctima inicial, que no en el declarado responsable. En el mismo sentido SALVADOR CODERCH, P. en SALVADOR CODERCH y CASTIÑEIRA PALOU, M.T., *Prevenir y castigar...*cit., p. 106, quien en nota 20 afirma “Este libro se ha escrito para poner la tesis anterior cabeza abajo- refiriéndose a aquella que defiende la que la función de la responsabilidad civil es resarcitoria-: deberá compensar quien no fue precavido (y por ello, decidirá en el futuro). Para compensar justamente hay que prevenir.

<sup>218</sup> Con la aprobación de los denominados “baremos indemnizatorios” vinculantes en determinados ámbitos por Ley 30/1995, de 9 de noviembre, hoy contenidos en Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, para los daños derivados de los accidentes de circulación o se infracompenza o se sobrecompensa, se rompe la íntegra reparación del daño. Sobre ello puede verse la amplísima bibliografía existente, entre ella señalamos MEDINA CRESPO, M., *Daños corporales y Carta Magna, repercusión de la doctrina constitucional sobre el funcionamiento del sistema valorativo : el rango relevante de las circunstancias excepcionales de índole dañosa : perjuicios morales y lucro cesante*, Madrid 2003.

ordenamientos<sup>219</sup>, y en el nuestro de manera sectorial<sup>220</sup>, que si bien no reparan el daño en su integridad sí que compensan parcialmente de manera más eficaz, segura, y justa – al menos en términos de justicia distributiva- que el sistema de responsabilidad civil<sup>221</sup>.

Si la responsabilidad por daños tiene una naturaleza indemnizatoria, se emparenta con otras instituciones que buscan la compensación, la ayuda, la asistencia ante la producción de un daño, como los sistemas de Seguridad Social, de Ayudas Públicas por catástrofes, Ayudas por Actos de Terrorismo, etc., y que obligan al Estado, o a otras instituciones, a dar una indemnización a los perjudicados ante determinados situaciones. Los sistemas alternativos de compensación no presentan una total similitud con la Responsabilidad Civil porque estos últimos, aunque tienen en cuenta la gravedad de los daños producidos, no indemnizan estos, sino que sólo ayudan a soportarles con compensaciones no siempre idénticas, mientras que el contenido de la RC es reparar íntegramente el daño. En estos supuestos de cobertura mediante sistemas alternativos de protección de los perjudicados, la responsabilidad civil no tiene porqué ceder su posición en el sistema, ya que una vez que el perjudicado ha sido reparado por el medio alternativo de tutela, se activa nuevamente la responsabilidad por daños a favor de quien lo ha reparado, restituido o compensado, y en contra de quien es el deudor originario de la lesión.

El que la responsabilidad civil tiene un objetivo reparador no es discutible hoy en día, pero permanece la cuestión problemática que deriva en aquellos supuestos en los que el perjudicado ha percibido reparaciones de los daños a través de otras alternativas porque si el daño estuviese reparado, entonces parece que el crédito indemnizatorio se encontraría extinguido y no se podría ejercitar acción alguna contra el responsable. La solución a este problema, está en las funciones que persigue la responsabilidad civil, que no se agotan precisamente en la indemnización de los daños producidos sino que

---

<sup>219</sup> Véase por ejemplo el sistema previsto en Nueva Zelanda MC EWIN, R.I. “No-fault compensation systems”, disponible en <http://encyclo.findlaw.com/3600book.pdf> p. 735 y ss.

<sup>220</sup> En concreto en nuestro ordenamiento existe múltiples sistema de ayudas o compensación como los previstos para las víctimas de los Delitos de Terrorismo, regulados en la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo o también a través del Sistema de Seguridad Social para los supuestos de accidentes laborales, cuyas prestaciones se articulan a través de un sistema de seguro obligatorio, a cargo del empresario, que se derivan del propio daño, sin que sean necesaria la responsabilidad del empresario.

<sup>221</sup> GÓMEZ POMAR, F., “Conceptos fundamentales...cit., p. 3 así lo afirma “por lo que esta función –la resarcitoria- no parece que pueda ser la prioritaria del Derecho de Daños. Si de verdad lo fuese, sería mejor acabar con el Derecho de Daños y crear un sistema de ayudas públicas al estilo de otros Estados”.

esto es más bien la consecuencia de haber incurrido en los presupuestos de la obligación. En los sistemas alternativos de reparación, aún indemnizando el daño, su finalidad es la de procurar ayudar o contribuir a reducir las consecuencias derivadas del daño, e incluso asumiendo la reparación íntegra, pero sin extinguir la responsabilidad, bien porque permiten al perjudicado reparar la indemnización frente a quien sea responsable<sup>222</sup> o bien porque subrogan al sistema de protección en el derecho del perjudicado frente al deudor de la indemnización<sup>223</sup>. Si esta institución sólo tuviera una función reparadora del daño, la satisfacción del daño por cualquier sistema haría injustificable mantener la posición acreedora del perjudicado o la subrogación de su derecho en el tercero que abonó la misma.

En la Responsabilidad Civil, el responsable es el causante del daño, porque se le imputa por algún criterio, sea el que sea, que justifica la traslación del daño causado a la víctima, pero que tiene que tener algún fin distinto o más complejo que la mera indemnización, puesto que si con ella se buscara únicamente reparar el daño, se debería optar por sistemas alternativos en los que, al menos, quien soporta el coste de la indemnización es la colectividad, asegurándose más eficazmente la reparación y evitando los costes de transacción que la reclamación implica, a la vez que se facilita la distribución del coste.

Ilustrativo del excesivo simplismo que conlleva afirmar que la función compensatoria es el supuesto en el que el perjudicado ha contratado (o un tomador distinto lo ha hecho en su beneficio) un seguro de daños. Estos permiten al perjudicado obtener una inmediata reparación del daño imputable al responsable, pero este no se extingue sino que permite su subrogación a favor del asegurador que ha realizado la correspondiente prestación a favor de ese perjudicado. La subrogación cuyas funciones, según se afirma, por nuestra mejor doctrina<sup>224</sup>, son las de impedir que

---

<sup>222</sup> En este sentido el art. 127.3 LGSS. Sin perjuicio del tenor literal del referido precepto téngase en cuenta las STS (S. 4ª) de 17.07.07 - Id Cendoj: 28079140012007101086, con las matizaciones que realiza la propia Sala en la STS (S. 4ª) de 23.06.14 - Id Cendoj: 28079149912014100004

<sup>223</sup> El art. 21 de la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo establece que “El Estado se subrogará en las acciones que los perceptores de las indemnizaciones y prestaciones recibidas en aplicación de esta Ley puedan ejercer contra los responsables de los actos de terrorismo hasta el límite de la indemnización satisfecha por el Estado. A estos efectos deberán, con carácter previo a la percepción de las ayudas y prestaciones, transmitir al Estado las acciones civiles correspondientes”. En similar sentido el art. 13 de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual.

<sup>224</sup> SÁNCHEZ CALERO, F., “Comentario al art. 43 LCS”, VVAA, Sánchez Calero, F. (dir.), Ley de Contrato de Seguro, Cizur Menor (Navarra) 2010, 4ª ed.

el propio perjudicado –asegurado de daños- se enriquezca, mediante el ejercicio acumulativo de la acción indemnizatoria tras haber sido reparado por la aseguradora; que el responsable tenga que asumir la indemnización; y dotar de determinados recursos a las compañías aseguradoras. Por ello, se permite al asegurador subrogarse en el derecho de su asegurado –perjudicado- y reclamar al responsable. Es decir, que tras pagar a su asegurado la indemnización debida en virtud del seguro de daños, puede – como facultad que no como obligación, y sin que actúe la misma *ope legis*- subrogarse en sus derechos. Es nuestra opinión que si la subrogación no actúa automáticamente sino como facultad del asegurador, es porque el derecho del perjudicado –asegurado de daños a los bienes- no se ha extinguido por la indemnización abonada por el asegurador, lo que permite reclamar al responsable, porque en caso contrario y suponiendo que la indemnización del asegurador que ha reparado el daño y con ello ha extinguido su derecho contra el responsable impediría la subrogación del derecho de crédito a favor del asegurador de daños. Por ello, el perjudicado está en disposición de ejercitar, si no hay subrogación, los derechos que tiene frente al responsable y, en su caso, frente al asegurador de responsabilidad civil de este último. Así, lo ha entendido ya la jurisprudencia STS (S 1ª) 18.11.1991 <sup>225</sup>.

Si la función de la responsabilidad civil es, sólo y principalmente, indemnizar – reparar al tercero a toda costa y a todo coste-, el mantenimiento del criterio de la culpa, como criterio para la condena del causante a indemnizar es un severo obstáculo ya que reduce el ámbito indemnizatorio o resarcitorio, si aquel no se diera. La parte de la doctrina (absolutamente mayoritaria) que defiende esta función no tiene obstáculo en contemplar la culpa como presupuesto para la indemnización e incluso, establecer un criterio añadido como es la injusticia del daño<sup>226</sup>. Es difícilmente conciliable atribuirle una mera función indemnizatoria o resarcitoria y venir a condicionar dicha función, no

---

<sup>225</sup> (RJ 1991/9823)], afirmando que: “la suma obtenida por los recurridos de su aseguradora proviene de un contrato de seguros respecto del cual la recurrente es tercero, y por ello no puede ni beneficiarse ni ser perjudicada (art. 1257 del Código Civil). Se beneficiaría si se la liberase de pagar, que es lo que pretende con el motivo, sin tener en cuenta que, no obstante el pago de la indemnización por la aseguradora, la acción contra el responsable del daño sigue viva, teniendo como titular al dañado, pero con posibilidad de subrogarse en su ejercicio la compañía aseguradora. El art. 43 de la Ley de Contrato de Seguro de 8 octubre 1980 (RCL 1980\2295 y ApNDL 12928) dice, en este sentido, que el asegurador «puede» ejercitar aquella acción, regulándose incluso en su párrafo último la concurrencia en el ejercicio del asegurador y asegurado contra el tercero. De ahí que el enriquecimiento injusto se produce exclusivamente en las relaciones entre asegurador y asegurado que ha cobrado de aquél la indemnización pues si este último acciona contra el tercero responsable, el asegurador no podrá pretender nada de este último, pues ya ha pagado”.

<sup>226</sup> MEDINA ALCOZ, M., “La función de la responsabilidad civil extracontractual...cit., p. 493 que exige para la condena que el daño se haya causado injustamente por el responsable.

sólo a su causación, sino a la exigencia de otros elementos que no sean los meramente causalistas, como son las exigencias de la negligencia o la antijuridicidad en el daño. En la norma fundamental de los PETL la reparación la asume aquella persona a quien se pueda imputar jurídicamente el daño pero para ello son necesarios otros elementos (culpa, riesgo, etc.). Como se ha afirmado, de manera muy certera, la indemnización cumple ante todo una finalidad de compensación (lo que se corresponde en el art. 10:101<sup>227</sup> PETL) pero para que alguien deba compensar dicho daño son necesarios ciertos presupuestos de responsabilidad como son la causa que es presupuesto necesario pero no suficiente y “razones ulteriores” que justifiquen el desplazamiento de la pérdida y esas razones son la culpa, la actividad peligrosa...”<sup>228</sup> Es decir, los PETL han separado, deslindado perfectamente, la indemnización cuya función es claramente resarcitoria, y cuyo objetivo es compensar a la víctima reestableciéndola del daño –sin perjuicio de cierta prevención, se afirma en el art. 10:101 PETL- de la responsabilidad civil que no pretende compensar al condicionar su nacimiento a la existencia de los presupuestos establecidos en la su denominada como “Norma Fundamental”.

Es cierto que una vez que la responsabilidad civil surge, el responsable ha de soportar la carga resarcitoria y la indemnización debe compensar, dejando al perjudicado en un estado idéntico al existente de no haber acontecido el daño, sin perjuicio de los efectos preventivos que ello conlleve, como sucede con cualquier otra norma que conlleve consecuencias negativas para el sujeto. Pero la finalidad de la indemnización, no se identifica con la institución de la Responsabilidad Civil en la que ésta última se integra porque de lo contrario no se entenderían los presupuestos referidos (en similar posición se encuentra nuestro sistema de responsabilidad civil, que condiciona a la causación y a la culpa, al menos en la norma básica que es el art. 1902 CC, la existencia de la responsabilidad civil). Si el objetivo fuera sólo compensar no sería aceptable que la responsabilidad civil permitiera al diligente exonerarse, o que cualquier daño quedara sin cobertura. Que la responsabilidad civil, como estructura jurídica, no tiene esta función lo terminan reconociendo, en ocasiones, los propios defensores de es finalidad, al exigir los referidos presupuestos o, incluso al defender

---

<sup>227</sup>“ Art. 10:101. Naturaleza y objeto de la indemnización

La indemnización es un pago en dinero para compensar a la víctima, es decir, para restablecerla, en la medida en que el dinero pueda hacerlo, en la posición que hubiera tenido si el ilícito por el que reclama no se hubiera producido. La indemnización también contribuye a la finalidad de prevenir el daño”.

<sup>228</sup> KOZIOL, H., “Comentario al Art. 1:101. Norma fundamental”, en *European Group on Tort Law, Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*, traducción coord. Por Martín-Casals, M., Cizur Menor (Navarra) 2008, p. 49 y 50.

como regla general el “casum sentit dominus”<sup>229</sup> que obliga a encontrar una buena razón para hacer el causante soportar el coste del daño que inicialmente, si no hay fundamento debe hacer suyo el perjudicado.

En contra de la mera función resarcitoria, cabe aducir también la imposibilidad de explicar la razón por la que se hace correr al tercero con el riesgo de la insolvencia del causante, porque, si lo que se pretende es reparar, indemnizar o restituir al perjudicado y el responsable (después de haber pasado los filtros de la causación y de la razón suficientemente poderosa) es insolvente, la finalidad referida se frustra. Se hace depender la finalidad pretendida de un aspecto ajeno y particular como es que el responsable tenga recursos suficientes para satisfacer la indemnización. No es posible aceptar que se elija un responsable con la finalidad de compensar y finalmente éste sea insolvente.

La aceptación de esta función indemnizatoria es inviable, al menos con el régimen actual. En realidad, no se pretende indemnizar sino recomponer el “estatus quo”, quebrado por el menoscabo del interés lesionado y por ello se indemniza no como un fin sino como mejor instrumento para obtener la finalidad perseguida: una *restitutio ficta*, pero a cargo de quién, declarado responsable, quebró el orden jurídico preestablecido. Si la finalidad esencial fuese indemnizar, necesariamente se habrían de buscar otros instrumentos para cubrir la misma, es decir, instituciones con capacidad de asegurar los fines pretendidos (fondos públicos, seguros obligatorios, etc.). La función indemnizatoria es mucho más viable, segura y acertada en sistemas alternativos de cobertura de daños que sólo condicionan la indemnización a la existencia de la lesión y que se constituyen económicamente de manera sostenible para soportar las reparaciones a las que deben hacer frente.

Ligada a esta función indemnizatoria, estaría aquella que se le atribuye, accesoriamente, como hace parte de la doctrina<sup>230</sup> de administración del daño, como si

---

<sup>229</sup> PANTALEÓN, F., “Comentarios al artículo 1902 Cc ...cit; KOZIOL, H., “Comentario al Art. 1:101. Norma fundamental, cit., p. 49 afirma que en la norma fundamental se pone de relieve, aunque sea implícitamente dicha regla siendo el punto de partida el que cada persona tiene que pechar con el daño que sufra y sólo debe abandonarse dicho criterio si existe un fundamento jurídico que permita el desplazamiento patrimonial.

<sup>230</sup> PENA LÓPEZ, J.M., “Función, naturaleza y sistema de la responsabilidad aquiliana en el ordenamiento jurídico español...cit., p. 175 afirma que “el objetivo último de la responsabilidad civil extracontractual no es otro que el de la administración social del daño...la finalidad de la responsabilidad civil extracontractual, entendida como institución, es la de fijar la distribución o el reparto de daños ocasionados en la vida social”.



estuviéramos ante un reparto de las desgracias ajenas. Y no es aceptable porque entonces no se ha de buscar un sujeto al que imputar el daño antijurídico, para como consecuencia de esa imputación hacerle cargar con la obligación de repararlo sino asignar las pérdidas en función de parámetros de sostenibilidad, de menores costes marginales o de quién puede distribuirlo mejor. De lege lata, con un precepto con el actual art. 1902 CC (o preceptos similares en el derecho comparado) la función no es repartir las desgracias sino asignárselas a aquel que no ha violentado, sin legitimación el status quo pretendido y protegido por el ordenamiento. A ello se añade que, si de reparto del coste se trata no hay ninguna razón, absolutamente ninguna en virtud de ese criterio, para que la víctima, la que ve su interés menoscabado, sea quién soporte ese daño totalmente o en mayor medida que otros<sup>231</sup>. En todo caso, siendo ello suficiente, lo que no se puede entender es porqué un daño antijurídico lo tiene que sufrir la sociedad o el perjudicado y no quién es responsable del mismo, porque lo causó indebidamente o no lo evitó teniendo la obligación de hacerlo. Por ello, aunque el sistema de responsabilidad indemnizatoria no esté asentado en un régimen de imputabilidad subjetiva, las reglas de “no dañar o indemnizar si dañas” permite normativizar el deber inicial y hacerlo exigible, no sólo por el titular del interés, permitiéndole la autotutela del mismo, sino por el ordenamiento, ordenando al Juez reconocer el derecho del acreedor y condenar al deudor a indemnizar. Si sustituimos este sistema por un sistema de “no dañar o no indemnizas si dañas”, sencillamente se elimina el reconocimiento del derecho del acreedor contra quien violentó el deber de “no dañar” y la condena de quien no cumplió el deber inicialmente exigible. No se trata de una autorización normativa al daño, no se constituye en una norma facultativa para poder dañar, pero la ausencia del cumplimiento subrogado permite, de facto, obviar el principio de “no dañar”.

Resulta extraño que quienes vienen defendiendo la finalidad compensatoria nieguen la existencia de una norma primaria de tutela del derecho del perjudicado, en virtud de la inexistencia de una norma expresa que prohíba el daño<sup>232</sup>. Es cierto que siguiendo la teoría de Hart<sup>233</sup>, la norma primaria viene a imponer obligaciones y la secundaria potestades entre las que se incluyen las de los jueces a imponer resoluciones

---

<sup>231</sup> Esto es la conclusión a la que llegan, entre otros PANTALEÓN, F., “Comentarios al artículo 1902 Cc ...cit., los defensores de la función compensatoria cuando afirmando el fin indemnizatorio lo condicionan a los presupuestos, terminando por afirmar que en realidad el daño es de quien lo recibe salvo que haya fundamento suficiente para trasladarlo a quien lo causa.

<sup>232</sup> PANTALEÓN, F., “Comentarios al artículo 1902 Cc ...cit

<sup>233</sup> HART, H.L., “El concepto de Derecho”, Buenos Aires 1992

judiciales y condenar a las “sanciones que legitimen dichas norma, el negar la existencia de una norma primaria en la responsabilidad civil, sencillamente deslegitimaría al juez en la aplicación, en el marco de nuestra constitución, de la norma secundaria “reparará el daño causado” por la inexistencia de deber alguno en el que basar la imputación. La realidad es que, no obstante, que aquél sector de la doctrina no ha tenido en cuenta que la norma secundaria “El que por acción.....estará obligado a reparar el daño causado”, lleva implícita la norma primaria “no dañar”, ni que la teoría Kelseniana<sup>234</sup> sobre las normas primarias y secundarias justifica la norma principal por la sanción en la que se apoya el deber del ciudadano de cumplir con lo establecido para evitar la consecuencia negativa. Es así por coherencia constitucional y comprender la plenitud del ordenamiento tenemos que contemplar en el mandato al juzgador (la norma secundaria prevista en el art. 1902 CC), la existencia, implícita en ella, de la norma primaria que obliga, prohíbe o facultad a realizar algo.

Si no entendemos así la norma del art. 1902 CC de esta manera, se estaría permitiendo una posición que defendiera, donde no hubiera norma específicamente señalada para la tutela, la inexistencia de una regla por la que se diera protección a todos los intereses jurídicos por los que el ordenamiento muestra voluntad de tutela. El defender la inexistencia de la norma primaria y asentar una responsabilidad civil en la norma secundaria no sólo deslegitima las condenas –que no serían otra cosa que una mera arbitrariedad- sino que además de contradice su propia defensa de la función resarcitoria Pero lo más grave es que estarían legitimando interpretaciones cercanas a la norma facultativa “se puede dañar” ante la inexistencia de una norma expresa previa que tutelara esos intereses. No es asumible, a nuestro juicio, defender una función resarcitoria de la responsabilidad civil sin entender que exista un deber previo de no dañar. Si dicha norma primaria no existiera, no hay razón alguna, y mucho menos una con la consistencia suficiente para quebrar el principio del “casum sentit dominus”, en la que amparar la reparación que no sea la arbitrariedad. No hay fundamento para determinar quién y por qué va a responder un sujeto, de un daño, si podía causarlo, salvo que entendamos que la lesión es un precio por la disposición del interés lesionado, pero en este caso, nuevamente, la función no sería compensatoria ya que la condena se basaría no en la reparación del daño injustamente causado sino en el valor por el derecho a la disponibilidad del interés sobre el que no había tutela; o bien entendamos,

---

<sup>234</sup> KELSEN, H., Teoría pura del Derecho, Madrid 2011

que la responsabilidad civil es una sanción por la negligencia en la disposición de un interés ajeno, al que tampoco habría que proteger, imponiendo el coste, no por el daño, sino por el actuar indebido. Con estas bases, no es posible defender una finalidad resarcitoria basada en la supuesta inexistencia de una norma que tutele los intereses que han de resarcirse. Argumentar así supone una incoherencia entre la finalidad pretendida y la estructura jurídica existente.

Si estas incongruencias surgen en la aplicación de la regla secundaria expresada en el art. 1902 CC, mayores problemas de fundamentación plantea la aplicación en los supuestos en los que la responsabilidad se articula sobre la relación de evitar el daño o indemnizar, puesto que como veremos posteriormente, uno de los presupuestos de esta responsabilidad es la capacidad del sujeto de satisfacer la específica posición de tutela que el ordenamiento exige, implicando, por obvias razones, la condición de imputable del sujeto al que se coloca en la posición de garante y con ello se le exige evitar el efecto lesivo.

Si determinamos la inexistencia de una norma primaria de tutela de los intereses jurídicos protegidos (aquellos susceptibles de ser dañados y, en su caso, resarcidos), incurrimos en una absoluta volatilidad de los deberes de garante adjudicados quebrando la relación entre el deber de evitar el daño y la responsabilidad por no haber cumplido la exigencia legal. Si la responsabilidad desaparece, no parece factible mantener la exigencia del deber de tutela, al menos en el marco del derecho de daños. Distinto sería que dicho deber venga a sostenerse en un régimen sancionador con resultas negativas distintas de la responsabilidad indemnizatoria haciéndole responsable al que lo quebranta, pero por otro tipo de consecuencias. Pero esto sería otro debate, ajeno a la Responsabilidad Civil, que no serviría para cumplir con la función normativa de tutela de intereses jurídicamente relevantes. Se nos podría alegar que la norma primaria estaría en la norma que contemplara el deber de actuar del garante, lo que obviaría que el que una norma imperativa obligue a actuar no implique que el incumplidor que omite el deber exigido asuma el resultado que pudiera haberse evitado de haber actuado. En este sentido, pueden verse las normas contenidas en los distintos códigos penales que establecen imperativos de conducta con fines distintos a los de la protección de los intereses particulares que pueden verse perjudicados, como el delito de omisión de socorro (arts. 195 y 196 CP), cuya finalidad es la protección del bien jurídico solidaridad y no los bienes o intereses puestos en peligro de los sujetos que se

encuentren desamparados<sup>235</sup>. Si a un sujeto que omite un deber se le ha de condenar por el daño que el perjudicado sufre, y que él, como garante, debería haber evitado, además de la existencia de la norma imperativa que genera el deber de actuación, tiene que existir una norma primaria que exija la tutela del interés a cuya reparación se puede condenar. El mero deber de actuar, como ya hemos referido no implica la tutela del interés susceptible de lesión, salvo que la norma que constituye al sujeto en garante entendamos, interpretando la norma primaria, que está integrada en las omisiones a las cuáles se imputa el daño “Los que...u omisión...están obligados a reparar el daño..”. Es por tanto, la violación de la norma imperativa una conducta antijurídica, por violar ésta, pero sólo es antijurídica a los efectos resarcitorios, si viola, además, la norma que configura el deber de actuar para tutelar los intereses a los que protege el art. 1902 CC. Si no entendemos que en dicha norma existe un desvalor de la acción, con el efecto lesivo, no tendremos argumentos para sostener una condena a indemnizar cuando alguien violente una norma imperativa que obligue a actuar. Sólo aquel que ha de proteger los intereses lesionados, y no lo hace, puede ser condenado, pero para ello no basta con una norma que obligue a realizar una determinada conducta. El que omite sólo puede ser condenado si hace suyo, por la omisión, el daño y para ello, tiene que tener previamente establecido un deber de tutela que ha de extraerse de la norma primaria implícita en el régimen de la responsabilidad por daños no justificados. De lo contrario, nos encontraríamos ante un vaciamiento de la responsabilidad indemnizatoria que quedaría sin contenido, ni con la posibilidad de que haya supuestos reconducibles a su ámbito, por lo que se incurriría en mera arbitrariedad o discrecionalidad en la aplicación de la norma secundaria por el juzgador que podría condenar a cualquier que hubiera omitido deberes de auxilio a la víctima. No existe un deber jurídico exigible si no hay una consecuencia, una norma secundaria, que lo haga exigible o, más bien, que lo haga

---

<sup>235</sup> STS (S. 2ª) 24.09.12 - Id Cendoj: 28079120012012100696 “Frente a un sector doctrinal minoritario que sitúa el bien jurídico protegido en la misma integridad física o vida de las personas “desamparadas”, la jurisprudencia ( SSTS de 13 de marzo de 1987 o 22 de noviembre de 1989 ) y la dogmática mayoritaria hablan de la infracción de un deber de solidaridad humana que el precepto eleva al rango de deber jurídico. Frente a los ordenamientos anglosajones, en el derecho penal continental es habitual esa tipificación. Se castiga la indiferencia del omitente frente a la situación de peligro de la víctima más allá de que esa omisión no haya tenido ninguna incidencia en el resultado lesivo. La vida y la integridad física solo son tuteladas de manera indirecta: es cierto que en un horizonte de años el establecimiento de ese deber comportará una mayor protección de la vida e integridad física. Pero aunque in casu el auxilio hubiese resultado inútil, por ser inevitable el fallecimiento, antes o después, o no por aportar nada respecto a la disminución del daño personal causado, la conducta sería sancionable. El tipo penal no requiere la protección de la vida o integridad física, sino que se atiende a la persona en peligro. Se castiga la infracción del deber de auxiliar a la persona en peligro. Correlativamente lo que se tutela es el derecho a ser asistido cuando se está en una situación de peligro grave para la vida o integridad física”.

responsable cuando se incumple pero para poder aplicar esta última es imprescindible que exista el deber jurídico cuya “sanción” estricto sensu sea la derivada de la protección de los intereses violentados cuya tutela perseguía la institución.

Si la responsabilidad civil se describe frente al responsable como una obligación de contenido patrimonial, de carácter jurídico privado, sometida a la rogación del titular del correspondiente derecho de crédito, y delimitada por el importe del daño imputado a ese responsable, no puede haber más función que la reparadora. El crédito surgido de la imputación jurídica contra el denominado “causante” no puede interpretarse en términos de base o pilar de la institución en virtud de la cuál la justificación es el crédito del perjudicado/deuda del responsable. Esto es sólo la consecuencia. Instrumento adecuado para la interpretación y la argumentación del auténtico fin o propósito de la entidad jurídica que lo crea, pero no su objetivo último. Decir que la indemnización es la función de la responsabilidad civil, vendría a ser lo mismo que decir que el la pena es la función del Derecho Penal, cuando la función de este último es la tutela de bienes jurídicos a través de la motivación de la norma<sup>236</sup>.

Que la indemnización es un efecto seguro y deseable de la responsabilidad civil es algo obvio. Si analizamos sus orígenes y toda su evolución, si en algo no ha cambiado la responsabilidad civil es precisamente en que el “responsable” era y es condenado a indemnizar un daño sufrido por un tercero. Sin daño no hay responsabilidad. Pero, aún con daño, no siempre hay responsabilidad. El daño es presupuesto ineludible de la responsabilidad civil, pero no suficiente. Sirve de parámetro para determinar la extensión de la obligación indemnizatoria, pero ello es lógico colofón puesto que el ordenamiento sólo reacciona, con esta institución, ante la imputación del daño antijurídico, sufrido por un tercero, a quién lo causa o a quién lo debiera haber evitado. Con ello el ordenamiento utiliza la creación de la obligación indemnizatoria no para imputar sino para reparar, pero la reparación no es la que sostiene la imputación y por esto la creación de la obligación indemnizatoria sólo puede tener mero carácter instrumental. Es por ello, que la función de la institución –la responsabilidad civil, de carácter indemnizatorio-, no puede basarse en la consecuencia sino en la justificación de la atribución de la consecuencia. Situar a la finalidad reparadora como eje de esta institución supone una errática equiparación entre los

---

<sup>236</sup> MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General...*cit., p. 553

medios y los fines. Si la reparación fuese el objetivo, los fines – el quién y el porqué se indemniza- deberían ponerse al servicio de la misma. Y si algo se extrae de la responsabilidad civil no es que indemnice aquél que mejores recursos tenga para hacerlo sino que debe hacerlo quién está ligado al curso causal y debió reconducirlo o quién ajeno al mismo debió interceptarlo. Dificilmente puede defenderse por ello una función indemnizatoria como ultima ratio de la institución<sup>237</sup>, porque la misma no guarda relación alguna, ni con su justificación, ni con los argumentos que el ordenamiento dispensa, ni con las obligaciones que establece para tutelar los intereses jurídicamente protegidos -frente a los cuáles se viene generando, ante su lesión, la obligación indemnizatoria-. Ésta sólo podría basarse en la pretendida función indemnizatoria si el único argumento para su proyección fuese el daño, incluso sin antijuridicidad. En el momento en el que además de ese elemento, imprescindible pero no suficiente, es necesaria la imputación<sup>238</sup> y la antijuridicidad, e incluso en algunos supuestos el reproche al sujeto causante por violar deberes objetivos de cuidado, cuyo cumplimiento le permitirían quedar libre de la obligación indemnizatoria, la función reparadora queda alejada de ser la “ratio” de la institución de la Responsabilidad Civil que no puede sustentarse viendo sólo la proyección de la consecuencia jurídica sobre el declarado responsable, sino que necesita responder a la pregunta de ¿quién y porqué ese sujeto es el responsable?, y, a esa pregunta, no le puede dar respuesta la consecuencia, como no la da la pena en el Derecho Sancionador.

A nuestro juicio, incluso al afirmar que la responsabilidad civil es indemnizatoria se incurre la falacia denominada “de composición”, ya que se atribuye a la institución en su conjunto la finalidad que dimana de una de sus partes que es la consecuencia jurídica, la indemnización. Se está tomando el todo por la parte y esto es un error de interpretación que no parece poderse aceptar. Asumir esta posición sería tanto como afirmar que la finalidad del Derecho Penal es encarcelar a los sujetos o la

---

<sup>237</sup> PENA LÓPEZ, J.M., “Función, naturaleza y sistema de la responsabilidad aquiliana en el ordenamiento jurídico español...cit., p. 178 y ss. ”la finalidad de la responsabilidad civil, entendida, ahora, como reacción del ordenamiento jurídico ante el daño, constitutiva de la “obligación” de repararlos, en la perspectiva de la finalidad objetiva y última (mens legis) del llamado Derecho de daños, no puede ser otra, desde lo que es su esencia, que la puramente reparadora”.

<sup>238</sup> PENA LÓPEZ, J.M., “Función, naturaleza y sistema de la responsabilidad aquiliana en el ordenamiento jurídico español...cit., p. 178 termina afirmando sobre la responsabilidad civil que “puede y debe desarrollar, en la práctica, siempre que respete su finalidad esencial, también aquella finalidad preventiva; en la medida en que la imputación del daño a sus causantes actuales o potenciales, además de servirles de lección, se tiene que experimentar por éstos, obviamente, como una reacción adversa a sus intereses que les inducirá, para preservarlos, a no repetir o incidir en una conducta que es negativa para los mismos”

del Derecho Administrativo en el sector de la circulación es castigar o generar unos ingresos para el Estado. En ambos casos, la función está en la prevención de determinadas conductas y, en su caso, la reinserción. No podemos observar la responsabilidad civil desde las consecuencias sino que debemos ver la perspectiva completa y resolver el problema justificando la responsabilidad civil ex ante contestando a las cuestiones de quién y por qué alguien determinado ha de terminar reparando el daño<sup>239</sup>.

### C. Otras funciones

#### 1. *La función de demarcación.*

Esta función consiste básicamente en delimitar los límites entre los ámbitos de libertad de actuación y los de protección de determinados bienes e intereses. Es decir, la responsabilidad civil viene a limitar el ejercicio de determinadas actividades, porque las mismas van a exigir reparar los daños causados, llegando en algunos supuestos a evitar llevar a cabo tales actividades porque el coste de la RC sea superior al beneficio que se obtenga de las mismas. Implica también una justificación especial del sistema de responsabilidad civil, que lo configura como algo más que un sistema de indemnización.

Cuando se atribuye esta función a la responsabilidad civil se está configurando su ámbito de actuación es decir, se están delimitando los ámbitos entre la libertad de varios sujetos, en cuanto que la imputación de la responsabilidad delimita o demarca la libertad del considerado como responsable al hacerle responder de los daños causados con su actuación. Es clásica la cita<sup>240</sup> que de CANARIS se hace en este sentido, quien

---

<sup>239</sup> CASAS PLANES, M<sup>a</sup>.D., “Reflexión acerca de la conexión estructural “daño-responsabilidad civil-obligación”, p. 877 y ss., defiende la existencia de una estructura compleja en la responsabilidad civil basada en la conexión <<daño-responsabilidad civil-obligación>>, que se encontraría dividida entre una primera fase que consistiría en el nacimiento de la responsabilidad civil, con fundamento en el daño basado en la vulneración del deber jurídico primario de < no dañar a otro>, y si se produce esta y además fuesen cumplidos en resto de presupuestos exigidos en el art. 1902 Cc., nacería la responsabilidad civil; la segunda fase sería la consecuencia jurídica de la responsabilidad civil, que supondría una obligación. En sentido idéntico, en CASAS PLANES, M.D., “Responsabilidad Civil y Mecanismos Colectivos Indemnizatorios...cit., p. 28,, en nota 92, en la que afirma que “la responsabilidad civil es fuente de obligación pero, a su vez, reflejo del valor primario del deber jurídico de no dañar a otro...En este sentido, la responsabilidad civil es un posterior del daño pero un *prius* de la obligación de indemnizar”. Por ello, la autora no ve óbice en que se cumpla la función preventiva.

<sup>240</sup> Así lo hacen DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daño...cit.*, p. 43 o SALVADOR CODERCH, P. en SALVADOR CODERCH y CASTIÑEIRA PALOU, M.T., *Prevenir y castigar...cit.*, p. 104.

afirma que “el problema fundamental de todo derecho delictual consiste en la relación de tensión entre protección de bienes jurídicos y libertad de actuación”<sup>241</sup>. La existencia de esta función en la responsabilidad civil no añade nada, ni caracteriza a la misma en cuanto que todas las normas, que conllevan indemnización, determinan una solución a ese conflicto, estableciendo unas consecuencias para aquellos que sobrepasan la línea que el ordenamiento ha determinado como marco en el que se puede desenvolver la actuación de un sujeto sin que conlleve consecuencias negativas para él, en lo que no es una función propia de la regulación de la responsabilidad civil, sino de prácticamente todo el ordenamiento<sup>242</sup>. No obstante, si nos interesa destacar en esta sede que la demarcación o limitación a la libertad de actuación que, como característica propia, producen las normas de responsabilidad civil existe en tanto en cuanto se de el elemento del daño, de tal forma que ante la ausencia de éste no existe, al menos desde esta institución, límite alguno, a la actuación de los sujetos. Por el contrario, si existe el daño, puede que aún así las normas de responsabilidad civil no impliquen responsabilidad indemnizatoria alguna, pero en ese punto la responsabilidad debe actuar determinando la imputación del resultado lesivo a un tercero, al perjudicado o al azar.

La responsabilidad civil no es un instrumento para decidir la prevalencia en supuestos de conflicto entre distintos intereses, a los que el Derecho otorga tutela, sino un mecanismo para proteger a aquél cuya tutela es superior, según se estime, en cada ordenamiento. Es éste el que demarca y fija los ámbitos en los que se desenvuelven las distintas posiciones jurídicas y la responsabilidad civil ha de atender a esa configuración para entender si el daño es indemnizable o no.

Lo anterior no obsta a que la puesta en funcionamiento del sistema de responsabilidad civil también determine unas serias limitaciones para el responsable, en cuanto que la realización de alguna actividad, que conlleve responsabilidad puede, así mismo, implicar una repercusión negativa de tal entidad que implique el cese de la propia actividad<sup>243</sup>. A nuestro juicio, esto no es una propiamente una función demarcatoria un efecto de la función pretendida, en cuanto que si la actividad termina siendo deficitaria al tener que atender las reparaciones de los daños causado, porque los

---

<sup>241</sup> CANARIS, C-W., en LARENZ, K. y CANARIS, C-W., *Lehrbuch des Schuldrechts. Besonderer Teil*, tomo II, vol. 2, München 1994, 13ª ed., p. 350

<sup>242</sup> GÓMEZ POMAR, F., “Conceptos fundamentales...cit., p. 2

<sup>243</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños...cit.*, p. 44.



costes del daño superen los beneficios que de ella derivan, hacen que la misma no sea socialmente deseable en cuanto que no mejora el estatus de bienestar social.

## *2. La función de dispersión de los costes de los daños.*

Es posible que la responsabilidad civil pueda producir una dispersión de los costes de los daños, cuando éstos son fácilmente incorporables al coste de un bien o servicio en cuyo precio se incluyen los costes de los daños generados en su producción. Obviamente, la dispersión no siempre es viable puesto que no todas las actividades de riesgo, susceptibles de generar daños, pueden integrar dichos costes en ningún precio y, en ese caso, la imputación del daño a quien genera el riesgo, implica un mero traslado del mismo desde el perjudicado al causante sin posibilidades distributivas. Por tanto, para cumplimentar esta función, sólo se debería producir su aplicación respecto de “causantes” que tengan acceso a integrar esos costes en sus precios o que puedan trasladarlos a quien esté en mejores condiciones de realizar la dispersión.

Cuando hablamos de función de dispersión de costes, o distributiva, a través de la responsabilidad por daños, en las organizaciones económico-productivas, es porque el coste de la indemnización que puedan sufrir, por el daño que causan, se incorpora al precio de productos y servicios que ofrecen al mercado, haciendo que sean todos los adquirentes quienes los terminen soportando. Esto sería posible si el mercado fuese perfecto y todos los sujetos actuaran con absoluta transparencia y con total información, pero, sin embargo, ello no es así, puesto que hay sujetos que actúan impunemente sin trasladar el coste porque ellos no llegan a tener que soportarlo nunca, o porque el precio de los mismos es tasado. Además, afirmar esta función como propia de la responsabilidad civil obviaría que la misma sería mucho más eficaz y segura si se produjera a través de un sistema indemnizatorio público, que se cubriera, por ejemplo con un impuesto que gravara el consumo o la producción de los productos o servicios cuya producción pueda ocasionar los daños. A ello cabe añadir, que la distribución de los daños se obtendría, también, a través de un seguro de responsabilidad civil, pero especialmente a través de seguros de daños que no analizaría la producción o generación del riesgo de causación sino el riesgo de lesión, que está condicionado no sólo por la entidad del riesgo causante sino por las circunstancias de los intereses de

susceptible lesión. Evidentemente estamos en el campo de la justicia distributiva, y no de la conmutativa en cuanto que el daño no es soportado por quien lo causa sino por la colectividad. Se afirma que los mecanismos de distribución que se utilizan, desde el punto de vista de quien es declarado responsable son dos: el seguro de responsabilidad civil<sup>244</sup> y la internalización de los daños o de los costes del accidente en el precio de los bienes que se producen con la actividad dañosa<sup>245</sup>, aunque también se afirme que la responsabilidad civil funcione en este supuesto como un seguro.

La distribución de los daños o de los costes de los accidentes entre la colectividad es, sin embargo, cuando menos discutible<sup>246</sup>, en su consideración como función de la Responsabilidad Civil, en cuanto que aquélla será una consecuencia añadida, ex post, a la responsabilidad de un sujeto, pero la responsabilidad civil no actúa, o no debiera actuar, estableciendo una aplicación de los costes de los accidentes en función de quién esté asegurado o de quién tiene mejores posibilidades de distribuir ese coste, por la sencilla razón de que esa distribución es posterior al daño y a la imputación de la responsabilidad.

En cualquier caso, y aunque en ciertos supuestos pudiera utilizarse como base para determinar quién soporta los daños, no supone por ello una función de la responsabilidad civil, en cuanto que a través de esta institución no se busca la distribución o dispersión de los referidos costes por las siguientes razones:

(i) porque si el daño lo termina soportando la colectividad es independiente que aquel sea causado por culpa o no, y al menos, en términos generales, no es así en nuestro ordenamiento, donde la culpa, a pesar de su presunción, a pesar de la inversión de la carga de la prueba y a pesar de los supuestos de imputación subjetiva en base a la teoría del riesgo, sigue siendo elemento de la responsabilidad civil, al menos en norma general (art 1902 CC) aplicable en todos aquellos supuestos sin regulación específica;

(ii) porque si lo que se pretende es una asunción colectiva del daño, no se ve la razón por la que la responsabilidad civil sólo imputa este último a un sujeto, el responsable, y deja en manos de este, bien contratando un seguro, bien internalizando los costes del daño, la distribución de estos últimos;

---

<sup>244</sup> GÓMEZ POMAR. F., “Conceptos fundamentales...cit., p. 3

<sup>245</sup> SALVADOR CODERCH, P. en SALVADOR CODERCH y CASTIÑEIRA PALOU, M.T., *Prevenir y castigar...*cit., p. 107

<sup>246</sup> GÓMEZ POMAR. F., “Conceptos fundamentales...cit., p. 4 afirma que debe adoptarse una posición escéptica, en cuanto que la mejor manera de distribuir el riesgo es la creación de un fondo de compensación mediante impuestos.

(iii) porque si es la colectividad la que termine asumiendo el daño, no es posible que sean los perjudicados los que en algunos casos terminen soportándolo en mayor o menor medida, por lo que perdería sentido la existencia de las limitaciones a la íntegra compensación<sup>247</sup>;

(iv) porque, la existencia de un seguro de responsabilidad civil no supone una distribución del daño entre una colectividad, en cuanto que en su funcionamiento económico, el coste que supone la prestación para el tomador-asegurado del seguro es un coste exclusivo, que puede integrar en su proceso de producción, si existe, pero que no implica una distribución entre los asegurados. Téngase en cuenta que la prima es la contraprestación por la cobertura, en un justo equilibrio entre su posición y la del asegurador, lo que aleja de cualquier forma de distribución entre una colectividad al coste que supone el pago del seguro, ya que lo que se distribuye no es el daño de la víctima sino su propio daño como asegurado. Debe entenderse que el coste de la indemnización no se integra entre otros miembros de la cartera de asegurados del asegurador, que es quién a cambio de la prima asume el coste de los accidentes, en ese justo equilibrio de las partes, sino que supondrá un coste más en su cuenta de pérdidas y ganancias, no pudiendo repercutirlo sobre otros asegurados, puesto que a estos se les cobra en función de sus riesgos y no de los de los ajenos, o de lo contrario terminará soportando los efectos de la selección adversa y haciendo inviable el aseguramiento, a lo que no es óbice que el seguro sea obligatorio;

(v) porque existen múltiples daños que son causados por responsables que no pueden internalizar los costes de esos daños, sino que tienen que soportarlos en exclusiva, bien porque no ofrecen bienes o productos al mercado en cuyo precio incluir los referidos costes, o bien porque la competencia les lleva a no poder integrarlos o de lo contrario serán expulsados del mercado;

(vi) porque si fuera una función esencial no se entiende porque la distribución de los costes la soportan los asegurados o los adquirentes de los bienes o servicios que ofrece el responsable y no la colectividad al completo conforme a criterios de justicia distributiva clásica, es decir, con fines de redistribución de la renta;

(vii) si esta fuera la función esencial o la responsabilidad civil o los sistemas de protección social, como la seguridad social, o las ayudas públicas a las víctimas, serían superfluas, porque en ambos casos es la colectividad la que termina haciéndose cargo

---

<sup>247</sup> SALVADOR CODERCH, P. en SALVADOR CODERCH y CASTIÑEIRA PALOU, M.T., *Prevenir y castigar...*cit., p. 108 y 109.

del coste de los daños, y no tendría sentido tener una duplicidad de instituciones para una misma finalidad, en especial, con los costes judiciales que implica la responsabilidad civil;

(viii) no se entiende como de una función distributiva se podría derivar un derecho subjetivo a favor del perjudicado contra el responsable para que le resarciera el daño, en cuanto los daños asumidos por la colectividad, que actúa a través de las instituciones públicas, debe conllevar la obligación de aquella y no de un miembro determinado de la misma.

La imputación de la responsabilidad civil a un sujeto en función de los riesgos creados y de las posibilidades de dispersión del coste del mismo, implican una opción del legislador que permite proteger mejor los intereses de los perjudicados sin afectar en demasía al declarado responsable bien porque pueda repercutir su coste a terceros a través del precio o bien porque tenga fácil acceso al seguro<sup>248</sup>, lo que no supone que dicha búsqueda se efectúe al margen de la causación del daño, sino que al causante se le hace responsable si exista la posibilidad de disgregar los costes.

Si la función de dispersión de daños es difícilmente identificable en la responsabilidad por daños cuando nos referimos a la atribución del efecto lesivo a organizaciones económico-productivas, es imposible hallarla, y sobre todo lograrla, cuando nos referimos a la imputación del daño ante actividades lesivas generadas por particulares o por entidades que no pueden repercutir los costes de los riesgos que generan. Estos, tienen que soportar íntegramente el coste de los daños, sin poder dispersarlos a la colectividad. Ello impide identificar una función distributiva en la responsabilidad civil que justificara la imputación del daño al denominado causante, puesto que el particular que provoca de un daño no tiene mecanismo alguno que le permita dispersar ese coste, y por lo tanto, si la responsabilidad por daños únicamente persiguiera estos fines, tiene tanto derecho a obtener la reparación del daño el perjudicado, como el causante que ha indemnizado. Incluso en los supuestos en los que el titular del interés lesionado fuera una entidad cuyo menoscabo se produce en su proceso de producción de bienes o servicios, estaría justificado que soportara el daño, al poder integrarlo en el coste de producción, lo que no acontecería si el perjudicado fuera una entidad sin esa capacidad de dispersión de los costes.

---

<sup>248</sup> Para CAVANILLAS MÚGICA, S., “Responsabilidad por hechos...cit, p. 110, en la responsabilidad objetiva, se suele buscar a un sujeto, para declararle responsable, que se encuentra “en una posición que le permitirá internalizar los costes de la responsabilidad o concertar un seguro”.

### 3. *Función sancionadora.*

Aunque la mayoría de las normas suelen prever una “sanción”, en sentido amplio, ante el incumplimiento de lo exigido en ellas, y así también se establece en las normas de responsabilidad civil, al menos en las llamadas normas secundarias, ante la causación del daño, con la obligación de indemnizar, como respuesta por haber causado un daño que es imputable al responsable, el término “sanción”, como elemento de la punición depende de que el propósito de la norma sea el de reprochar o no al responsable su conducta y, en su caso, punirle. Por ello, la función punitiva sólo sería viable si efectivamente ello va ligado a la búsqueda de objetivos represivos o de castigo hacia quién es obligado a indemnizar al perjudicado por el daño causado por el primero.

La responsabilidad civil, como hemos referido, derivó de la aplicación, en el Derecho Romano, del Derecho Penal, y sólo actuaba como alternativa en determinados actos delictivos, ante la represión sobre la persona del responsable. Tras separar la función de punición de la responsabilidad civil, de la que ha estado parcialmente desligada desde sus orígenes, en cuanto que sólo actuaba si existía daño, puede decirse que la dependencia de su aplicación de la existencia de criterios de imputación tradicionalmente basados en la culpa del causante debe explicar porque hasta época relativamente reciente se ha visto como un instrumento moralizador de las conductas de los sujetos, en cuanto que sólo eran responsables si además de existir daños éstos habían sido causados al menos por negligencia. No obstante, aún siendo utilizado como instrumento de reproche a conductas lesivas, ello no conlleva automáticamente la existencia de funciones represivas, en las que además de perseguir conductas inadecuadas la respuesta se concreta como instrumento punitivo del responsable, como muestra del poder del Estado para hacer valer la validez y vigencia de las normas que de él emanan.

La responsabilidad civil es atípica en un ordenamiento como el nuestro. No están tipificadas las conductas que originan la “sanción” indemnizatoria, sino que existe un regla general de responsabilidad civil proclamado en el art. 1902 CC. Por tanto, frente al derecho sancionador que siempre exige la tipicidad de las conductas para que sean sancionables, la responsabilidad por daños permite hacer responsable por todo tipo de conductas que terminen generando la obligación indemnizatoria, por muy novedosas u originales que sean. Ello consigue llegar a todos los ámbitos de actuación del hombre y

legítima una actualización constante en función de las pautas sociales en cada sistema normativo y cada momento. Es el ordenamiento el que determina, de manera permanente, los intereses a proteger y el grado de protección que cada uno merece, lo que no se extrae de normas específicas sino del sistema en general.

La responsabilidad civil puede configurarse, por el legislador, bajo parámetros de tipicidad parcial en cuanto se configuren determinados daños como elementos esenciales para la indemnización, tipificando qué intereses tienen protección a través de la responsabilidad civil y cuáles no, como acontece en algún ordenamiento cercano al nuestro como el Derecho Alemán, que tipifica qué intereses son dignos de protección a través de esta institución. Así el parágrafo 823 BGB tutela la vida, la salud, la libertad, la propiedad, etc., ante actos dolosos o culposos, por lo que inicialmente el resto de intereses, que pueden disponer de cierta protección en el ordenamiento quedarían sin protección a través de la responsabilidad civil. Sin embargo, el legislador alemán amplía la protección cuando el daño, cualquiera sin distinción, es causado por actos dolosos, contrarios al orden público (parágrafo 826 BGB)<sup>249</sup>. También, los ordenamientos suelen tipificar determinadas conductas sobre las que se modifica el régimen ordinario, en los que para la condena es presupuesto la existencia de negligencia en el responsable del daño, por regímenes en que se atenúa dicho elemento y se legitima la condena sin culpa<sup>250</sup>. Por tanto, la atipicidad puede regir de manera parcial respecto de alguno de los elementos que configuran la posición de un sujeto para terminar siendo declarado responsable. No obstante, la regla general se suele asentar en preceptos de índole general, o de cláusulas generales en las que no se concreta conducta o daño típico para la condena<sup>251</sup>.

La responsabilidad civil, configurada normativamente con una configuración de cláusula abierta no puede ostentar funciones represivas o punitivas. Si la función fuera sancionadora, en primer lugar no podría nunca exigirse responsabilidad por las conductas que no estuvieran expresamente contempladas en la Ley, respetando, con ello, el principio de tipicidad. No obstante, se postula por parte de la doctrina la defensa de

---

<sup>249</sup> VVAA, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. München 2010, 7 Auflage, p.

<sup>250</sup> Sirva de ejemplo, los daños personales causados con motivo de la circulación de vehículos a motor, tal y como contempla el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor. En su art. 1, contempla un régimen de responsabilidad por riesgo por la que el conductor responde de los daños causados a las personas, salvo que “os daños fueron debidos únicamente a la conducta o la negligencia del perjudicado o a fuerza mayor extraña a la conducción o al funcionamiento del vehículo”

<sup>251</sup> En este sentido el art. 1382 del Code Civil francés (del que procede el art. 1902 CC español) o el art. 2043 Codice Civile Italiano

la posición por la que la responsabilidad civil puede cumplir funciones preventivas con carácter principal, permitiendo cubrir lagunas del derecho sancionador<sup>252</sup>. A nuestro juicio, esas lagunas sólo pueden cubrirse con instrumentos de integración normativa del propio Derecho Sancionador ya que, por su naturaleza y el imprescindible requisito de la tipicidad, en el Derecho sancionador es el legislador, exclusivamente, el que determina el ámbito de aplicación de las normas. Sirva de fundamento a esta afirmación la imposibilidad de aplicar la analogía (que como institución tiene como función, precisamente, aplicar normas a supuestos inicialmente no previstos, por la existencia de lagunas en el ordenamiento<sup>253</sup>) en el régimen sancionador (art. 4 CC).

En segundo, lugar, no cabría la doctrina judicial de la inversión de la carga de la prueba o de la presunción de culpabilidad<sup>254</sup>, o aplicar normas a supuestos no previstos expresamente en su ámbito como ya hemos referido. La presunción de inocencia que se prevé en el art. 24 C.E. sería un obstáculo. La responsabilidad civil ha sido sometida al control del Tribunal Constitucional, y en especial, la inversión de la carga de la prueba. Nuestro alto Tribunal se ha pronunciado aceptando la inversión de la carga de la prueba y la presunción de culpa en la responsabilidad civil. Ello aleja completamente la institución del derecho sancionador, puesto que en éste rige siempre el principio “in dubio pro reo”, frente a la responsabilidad por daños donde se permiten los expedientes paliativos de la culpabilidad<sup>255</sup>, puesto que como se ha indicado “En cuanto a la presunción de inocencia ....La naturaleza principalmente procesal de ese derecho fundamental que, como tal, opera en el ámbito penal e impide en él un pronunciamiento de condena que no esté fundado en pruebas que, legítimamente obtenidas, se hayan practicado con todas las garantías legalmente exigidas..... Será en los procedimientos penales donde dicha presunción tendrá un influjo decisivo en relación con las pruebas que en los mismos se practiquen”<sup>256</sup>, legitimando, con ello, las presunciones de culpa

---

<sup>252</sup> CASAS PLANES, M<sup>a</sup>.D., “La Función de la Responsabilidad Civil...cit., p. 29 afirma que “la función primaria de la responsabilidad civil extracontractual es la reparadora-satisfactiva y la función secundaria, en todo caso, sería la preventiva”, aunque afirma que “la propia flexibilidad de la que el legislador dotó a la responsabilidad civil le ha permitido traer a un primer plano, en los casos en los que ha estimado justo por las características de la lesión jurídica y del daño, al función preventiva, y en otras la función compensatoria, sirviéndose para ello de los diferentes criterios de imputación”. Por ello concluye, p. 30 que “en ciertos casos, la responsabilidad civil puede cumplir una función preventiva como función principal, cubriendo lagunas a las que el Derecho penal, por ejemplo, no ofrece respuesta”.

<sup>253</sup> LARENZ, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, traducc. de Molinero, Madrid 1994

<sup>254</sup> Sobre las mismas véase la STS (S 1<sup>a</sup>) 05.10.94 - RJ 1994\7453 y GÓMEZ POMAR, F., “Carga de la prueba y responsabilidad objetiva”, en *Indret* 1/2001.

<sup>255</sup> STC 18.01.1993

<sup>256</sup> STC 166/1995, 20.11.95

en ámbitos, incluso de índole sancionadora, al margen del Derecho Penal.

Y en tercer, y último lugar, es complicado entender que de una responsabilidad sancionadora puede salir beneficiado un ciudadano en particular, que pudiera disponer de la pena haciendo ineficaz la función punitiva, cuando en este tipo de responsabilidad lo que debe de beneficiarse son los intereses generales a través del efecto represivo y la prevención general que ello provoca, además de que quién ostenta el poder coactivo es el Estado, y no los ciudadanos en particular. Además si se persigue esa finalidad de sanción o de reproche, la cuantía que se imponga abonar al agente causante, se debe de graduar, no por la entidad del daño, sino por la entidad de la conducta, puesto que ante una conducta más grave la sanción ha de ser directamente proporcional a la misma.

Es cierto, que la función punitiva viene a ser cubierta por el Derecho Penal y por el Derecho Administrativo Sancionador<sup>257</sup>, pero hay que reconocer ciertas limitaciones que los mismos ofrecen a la hora de perseguir conductas no deseadas<sup>258</sup>, en virtud del principio de tipicidad que se exige en ambos supuestos. Con ello no queremos decir que en la responsabilidad civil exista una función punitiva, pero sí que a través de esta institución y en aquellos supuestos en los que el derecho sancionador no actúa –no hay pena sin ley previa que tipifique la conducta–, el único mecanismo contra el responsable de unos daños no deseados por el ordenamiento es la responsabilidad civil, en cuanto que el responsable ha de hacerse cargo de los daños que con su actuación ha causado. Bien es cierto, que estas normas sólo entran en funcionamiento sólo si el daño se ha causado, y no lo hacen aunque la conducta realizada sea extremadamente reprochable, lo que determina que no sea una institución que persiga conductas, ilícitos conductuales, aunque tradicionalmente sí se haya visto en ella en un mecanismo de represión (normativa o moral) del culpable que causa daños.

Si bien no cabe atribuir en la actualidad función punitiva alguna a la responsabilidad civil, en cuanto que no persigue conductas, sino daños no deseables, no puede por ello excluirse que uno de los efectos producidos por la imposición de una sanción, como es la prevención general, no sea una función de este instrumento jurídico. Como se ha dicho muy acertadamente<sup>259</sup>, el responsable puede sentirse tan sancionado

---

<sup>257</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños...*cit., p. 44

<sup>258</sup> Véase en cuanto a los accidentes de trabajo a DESDENTADO BONETE, A., “Reflexiones sobre los accidentes de trabajo...”cit., p. 6 y ss.

<sup>259</sup> PANTALEÓN, F., “Como repensar la responsabilidad civil extracontractual...”cit.



con una multa como una condena a indemnizar, y ello sólo puede deberse a que la protección de un interés puede alcanzarse también disuadiendo lesiones a través de la indemnización. En este sentido la STJCE de 22 de abril de 1997 ya estableció la posibilidad de sancionar determinadas conductas a través de indemnizaciones, exigiendo que en esos casos se garantizara una protección efectiva con un consiguiente efecto disuasorio<sup>260</sup>. El hecho de que la responsabilidad civil no tenga funciones sancionadoras no tiene porque enervar esos efectos preventivos de conductas no deseadas, disuasorios de incumplimientos de los deberes de cuidado, fomentando el cumplimiento de la norma para evitar la condena a indemnizar. No obstante, esa prevención general<sup>261</sup> que se pudiera desplegar a través de la responsabilidad civil no implica, en ningún caso, la existencia de una función represiva aunque, insistimos, la posibilidad de ser condenado reduzca, en muchos casos, los riesgos de daños. Diferente es si la responsabilidad civil previene o no pero sobre la función preventiva nos remitimos al correspondiente punto.

Que la punición no es el objetivo de la responsabilidad civil, ni siquiera con carácter accesorio, deviene de la imputación y de la caracterización de la consecuencia jurídica impuesta al infractor de la norma primaria violada. Esa discrepancia entre la responsabilidad civil y los fines punitivos se afirman incluso en sede de Derecho Internacional donde se legitima excluir del foro cuando la indemnización fuera

---

<sup>260</sup> STJCE de 22 de abril de 1997 que se pronunció sobre la posible violación de la Directiva 76/207/CEE por el Ordenamiento Alemán, en concreto, el parágrafo 611<sup>a</sup> BGB que en desarrollo de esta Directiva, principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, incluida la promoción y a la formación profesional, así como a las condiciones de trabajo (art. 1 Directiva), exigía de los estados miembros que adoptaran las medidas necesarias para que suprimieran las disposiciones contrarias al principio de igualdad de trato. El 611a BGB establecía, ante la violación de la prohibición de diferencia de trato por razón de sexo, el derecho del perjudicado a reclamar una indemnización. El Tribunal laboral de Hamburgo (Arbeitsgericht Hamburg) planteó al TJCE si el referido 611a BGB violaba la Directiva. El TJCE resolvió que la Directiva no imponía a los estados miembros una determinada sanción sino que *“la Directiva implica que, cuando el Estado miembro decide sancionar las violaciones de la prohibición de discriminación por medio de una indemnización, esta última debe poder garantizar una protección jurisdiccional efectiva y eficaz, debe tener un efecto disuasorio real respecto del empresario y debe ser en todo caso adecuada al perjuicio sufrido”* Sobre esta resolución, véase SALVADOR CODERCH, P. y RUÍZ GARCÍA, J.A., “Prevención y derecho de daños”, en [www.indret.com](http://www.indret.com), núm. 2/2001, abril-junio, p. 3 donde se manifiesta que “y a igualdad de eficacia, sanción o pretensión indemnizatoria son perfectamente sustituibles si su eficacia disuasoria es suficiente

<sup>261</sup> PARRA LUCÁN, M.A., “La responsabilidad civil extracontractual”, en VVAA., *Curso de Derecho Civil (II). Derecho de Obligaciones*, Martínez de Aguirre Aldaz, C. (coord.), Madrid 2000, p. 361 y 362, tras afirmar que la finalidad principal de la responsabilidad civil es la de la reparar el daño defiende que puede cumplir una función preventiva de futuros daños, ya que reparación y prevención no son incompatibles, puesto que “Las reglas de la responsabilidad civil, además de reparar los daños, deben disuadir de la producción de daños. De esta manera, también contribuyen a señalar el nivel de diligencia que los agentes debe observar en cada sector del tráfico”.

punitiva<sup>262</sup>. La naturaleza represiva exige una justificación especial y esta no se encuentra en sede de la responsabilidad civil, lo que excluye el régimen cuyo propósito es que el perjudicado pueda ser reparado en sus intereses, pero no más allá

Porque si bien, el que realiza una actividad de riesgo sabe que no estará obligado a indemnizar si no causa daño y por lo tanto no se enjuiciará su conducta en base a las normas de la responsabilidad civil, viene condicionado en la realización de esa actividad precisamente por los daños que de ella se deriven, en cuanto que producidos quedará obligado a repararlos, siempre que se produzca la imputación a su actuar<sup>263</sup>. Por ello, y negándose la función punitiva de la responsabilidad civil, sólo se responde por daños y no por un actuar no dañoso, no podemos excluir, aunque ello será objeto de análisis en el apartado siguiente, la existencia de una función preventiva general, porque precisamente la existencia de la responsabilidad civil incentiva al sujeto, le condiciona en sus actividades, para no producir daños, que con esta institución parece ser el objetivo buscado, frente al derecho sancionador, que más que resultados persigue conductas.

Que la responsabilidad civil se perciba, por el responsable, como un castigo no implica que ese sea el objetivo perseguido por la institución, del mismo modo que el Derecho Penal no satisface a la víctima por mucho que ésta pueda disfrutar con la condena del responsable. La responsabilidad civil no puede servir a fines punitivos, sencillamente, porque eso restringiría de tal manera el ámbito de aplicación de la institución que sólo se aplicaría allí donde la conducta fuera merecedora de sanción, y si es así porque habría de condicionarse la misma a la consecución de un resultado, el daño. Esto sirve tanto para el estado actual como para el estado de lege ferenda<sup>264</sup>, puesto que en definitiva la responsabilidad civil a lo que viene a servir es al Derecho y éste protege ex ante el estado de cosas por él configurado o lo hace restituyéndolo

---

<sup>262</sup> El Reglamento (CE) n.º 864/2007, de 11 de julio relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II») (DOUE 31 de julio de 2007) prevé en el Considerando 32 que pueda “considerarse contraria al orden público del foro” “la ley designada por el presente Reglamento que condujera a la asignación de daños e intereses ejemplares o punitivos de naturaleza excesiva”. Véase sobre la elaboración de la norma SEUBA TORREBLANCA, J.C., “Derecho de daños y Derecho internacional privado: algunas cuestiones sobre la legislación aplicable y la Propuesta de Reglamento “Roma II”, en Indret.com 1/2005, p. 28.

<sup>263</sup> SALVADOR CODERCH, P. en SALVADOR CODERCH y CASTIÑEIRA PALOU, M.T., *Prevenir y castigar...*cit., p. 115 diferencian entre las indemnizaciones disuasorias y las indemnizaciones sancionatorias, y afirman que las primeras puede disuadir sin castigar, siempre que el importe de la indemnización estimulara comportamientos precavidos porque “Una indemnización estrictamente compensatoria bien fijada también disuade sin castigar”.

<sup>264</sup> KOZIOL, H., “Comentarios al Capítulo Art. 1:101 PETL ...cit., p. 49 afirma que “el Derecho de la responsabilidad civil aspira a la compensación de ese daño...no pueden servir de fundamento a los daños punitivos”.

cuando se ve alterado, y para esa restitución no puede exigir instrumentos que la exceden, como acontece con los daños punitivos. Si éstos existen, de lege lata, vienen a cubrir otras funciones, discutibles o no, pero que desbaratan pretensiones de mantener el status quo y acentúan las funciones preventivas de carácter general, para, con el carácter pedagógico de la pena –aún económica- evitar violaciones futuras del sistema jurídico.

En relación con la función punitiva está el tema de los denominados como “punitive damages”, de origen anglosajón que se producen en supuestos de existencia de daños, cuando estos son producidos por una conducta especialmente reproachable, incrementando la indemnización a favor del perjudicado en una cuantía en concepto de pena, con diferentes finalidades como la de sancionar la conducta o evitar que el responsable, a pesar de la indemnización del daño, se haya enriquecido con la conducta dañosa, o bien porque existan pocas probabilidades de ser sancionada<sup>265</sup>. Frente a determinadas posiciones que niegan la imposibilidad de su trasposición a nuestro ordenamiento<sup>266</sup> hemos de manifestar nuestras dudas en cuanto que al menos existe un supuesto legal que parece acomodarse al esquema de esta institución, como sería el contemplado en el art. 123 LGSS, denominado como recargo de prestaciones<sup>267</sup>. En cualquier caso, la naturaleza sancionadora y no indemnizatoria, no discutida, impide que estos daños punitivos integren la institución de la responsabilidad civil, al menos de *lege lata*, al restringir la consecuencia de la imputación a la reparación del daño, precisamente porque la misma sólo actúa si tiene, entre otros, como presupuesto el daño, lo que excluye de su ámbito de aplicación a aquellas consecuencias jurídicas que actúan al margen de él, con independencia de que sea precisamente el perjudicado el acreedor de ese crédito frente al responsable.

#### 4. *Función satisfactiva*

---

<sup>265</sup> Véase sobre las razones en que se justifican los daños punitivos en DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños...*cit., p. 44 y ss.

<sup>266</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños...*cit., p. 46. Por otra parte, MARTÍN CASALS, M., “Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones por difamación de la LO 1/1982”, en VVAA., *Centenario del Código Civil*, Madrid 1990, p. 1256 y ss. quien apoya en la exclusión de la del carácter no punitivo de la indemnización del daño moral en varios argumentos de corte constitucional (nullum crimen, nulla poena sine lege; non bis in idem; ausencia de garantías procesales; y presunción de inocencia) y de derecho privado (la responsabilidad de los empresarios por los hechos de sus dependientes; la responsabilidad solidaria; y la multiplicidad de procesos por el mismo acto que pueden provocar la ruina de los responsables).

<sup>267</sup> Así lo cree YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Madrid 2001

No es sólo la existencia de una compensación al perjudicado lo que se buscaría con la responsabilidad civil sino también el castigo del responsable, lo que produce una satisfacción moral al perjudicado<sup>268</sup>, y no sólo patrimonial. Esta función persigue una idea de venganza por parte de la víctima contra el responsable del daño. Sin embargo, en la actualidad, la responsabilidad no puede venir a satisfacer funciones de esta índole en cuanto que la misma sólo se cumple en función del daño sufrido por el perjudicado y no de la intencionalidad o culpa del causante, por lo que no puede atribuirse a esta responsabilidad funciones para contentar la venganza del perjudicado, que no sería propio del Derecho Privado, o la de castigar la conducta del responsable<sup>269</sup>, o bien porque esta función sólo puede ser cumplida de manera simbólica en cuanto que existen otros sectores del ordenamiento, como el Derecho Penal que tienen suponen una mayor satisfacción<sup>270</sup> no patrimonial para el perjudicado, o bien, sencillamente, porque la satisfacción personal es infrecuente ante la existencia de seguros públicos o privados<sup>271</sup>, lo que viene delimitado por la naturaleza estrictamente patrimonial de la condena del responsable.

Al margen de las anteriores consideraciones, la imposición de la responsabilidad civil y los efectos que sobre el patrimonio del responsable conllevaran, pueden producir efectos satisfactorios en el perjudicado, pero no por ello puede afirmarse que con ello se pretendan los mismos. El ordenamiento reacciona imponiendo la correspondiente obligación indemnizatoria cuando el daño se ha producido, y con independencia de si dicha obligación se hará efectiva o no, puesto que la misma depende de la propia voluntad del perjudicado que podrá accionar o no contra el responsable exigiéndole el cumplimiento de la obligación indemnizatoria. El ordenamiento no puede operar buscando la satisfacción personal o venganza del perjudicado, y no lo hace ni tan siquiera en el orden penal, en cuanto que los delitos, salvo excepciones y por diferentes razones, se persiguen aunque con ello no se satisfaga o se contradiga el interés del perjudicado por la acción del responsable. El ordenamiento si pretende asentar unas reglas sociales, un estado de las cosas al que sí pretende proteger pero cualquier consecuencia jurídica prevista debe servir a la protección de la sociedad en la que el sistema jurídico acciona, lo que impide fundamentar instituciones que tengan como

---

<sup>268</sup> GÓMEZ POMAR, F., “Conceptos fundamentales...cit., p. 4

<sup>269</sup> MARTÍN CASALS, M., “Notas sobre la indemnización del daño moral...cit., p. 1256.

<sup>270</sup> GÓMEZ POMAR, F., “Conceptos fundamentales...cit., p. 4.

<sup>271</sup> SALVADOR CODERCH, P. en SALVADOR CODERCH y CASTIÑEIRA PALOU, M.T., *Prevenir y castigar*...cit., p. 111.

propósito la mera satisfacción de voluntades individuales.

En cualquier caso, esta función satisfactiva o de satisfacción está íntimamente conectada con la función punitiva, por lo que sirva aquí lo afirmado anteriormente en relación con esta última.

##### 5. *Función expresiva.*

Recientemente se ha afirmado<sup>272</sup> la existencia de una nueva función en la responsabilidad civil como evolución del Derecho de Daños. Esta función vendría a suponer la determinación de la posición del sistema de responsabilidad civil como mecanismo que denuncia o señala lagunas de regulación, exigiendo la correspondiente norma que venga a establecer la ordenación de la actividad que causa daños, para que una vez se proceda a la correspondiente configuración normativa de la misma, la responsabilidad civil permanezca únicamente con función “intersticial” porque esa reglamentación habrá conllevado la contratación de seguros, o el establecimiento de seguros obligatorios o la creación de un sistema público o privado de compensación.

Frente a esta pretendida función de la responsabilidad civil, hemos de manifestar que si bien es cierto que esta institución opera de manera mucho más amplia que el derecho sancionador, en cuanto que este último se encuentra limitado al principio de legalidad y al de tipicidad, la responsabilidad civil no sólo opera donde existen lagunas de conductas sancionables, sino en todo el ordenamiento, aunque exista regulación, existan contratos de seguros, seguros obligatorios o incluso donde se hayan establecido sistemas públicos de compensación o ayuda al perjudicado. Así, en todas las normas que regulan sistemas de ayuda a determinadas víctimas, la regulación de la responsabilidad civil no queda suprimida sino que mantiene toda su vigencia al permitir la subrogación del organismo que abona la indemnización en el derecho del perjudicado para poder reclamar contra el responsable del daño<sup>273</sup>. Y en todos estos casos, la regulación existe, en algunos la función de la norma es de carácter sancionador<sup>274</sup> y, en otros, existen seguros obligatorios o fondos públicos de ayuda que sostienen supuestos en los que la responsabilidad civil ya asienta los presupuestos de la responsabilidad de

---

<sup>272</sup> SALVADOR CODERCH, P. y GÓMEZ LIGÜERRE, C., “El derecho de daños...cit., p. 22.

<sup>273</sup> Véase lo ya referido respecto de las normas de protección de las víctimas de delitos violentos o de delitos de terrorismo.

<sup>274</sup> En el Código Penal se regulan los tipos penales con las finalidades correspondientes, pero eso no excluye la existencia de la correspondiente obligación indemnizatoria frente a los perjudicados. El mismo hecho provoca una doble responsabilidad.

un sujeto pero, ante el desconocimiento del autor o su posible insolvencia, se asegura la percepción de la indemnización por el perjudicado<sup>275</sup>.

#### **D. La significación de la función preventiva.**

La función preventiva reviste una especial importancia y se asienta en su capacidad para servir, como lo hace la indemnización, a la tutela de los intereses cuya protección desea el ordenamiento. Prevenir implicaría incentivar las conductas hacia el cumplimiento de las normas, a través de las consecuencias jurídicas que el ordenamiento dispone para su infracción. Por ello, aceptar esta función como esencial supondría justificar la Responsabilidad Civil más en el desvalor de la conducta del “causante” que en la protección ex post de la víctima, a través de la reparación.

Existe, en consecuencia, una extensa e interesante polémica entre los partidarios de atribuir o no a la responsabilidad civil una función preventiva, sin que por ello se niegue la existencia de una función indemnizatoria. Aquellos que han abogado claramente por la existencia de una función preventiva<sup>276</sup> se han basado en argumentos económicos, es decir de reducción de los costes de los accidentes a través del incentivo de los comportamientos más eficientes en términos de relación costes-beneficios. Aunque sobre este análisis volveremos posteriormente, hemos de dejar señalado que la prevención, sea o no un objetivo jurídico, no puede determinarse en términos de análisis económico, al menos de *lege lata*, sino en términos de estricta justicia, de tal forma que la economía puede darnos instrumentos para mejorar el análisis y con ello el cumplimiento de las funciones de las instituciones jurídicas, pero no tienen porque marcar o determinar cuáles son las funciones del Derecho. A ello debemos añadir, que el Análisis Económico del Derecho no persigue influir sobre la causación de los accidentes en sí mismos, disuadiendo de su generación, sino sobre el que considera bienestar general, a través de la maximización de los recursos disponibles y con ello

---

<sup>275</sup> En este sentido véase el régimen del Consorcio de Compensación de Seguros que como instrumento de protección de los daños sufridos antes siniestros de la circulación generados por vehículos desconocidos o no asegurados, en el art. 11 del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor

<sup>276</sup> Entre nosotros es especialmente destacable la obra de SALVADOR CODERCH, en SALVADOR CODERCH y CASTIÑEIRA PALOU, M.T., *Prevenir y castigar...cit.*, en especial las p. 113 a 124; así como desde la imprescindible publicación de responsabilidad civil [www.indret.com](http://www.indret.com).

obtener la mayor eficiencia económica, incluso a costa de los propios accidentes, en cuanto a su cantidad y dimensión. Y ello se obtiene por dos vías: a) eliminando la responsabilidad en la responsabilidad por culpa, cuando el causante actúa diligentemente<sup>277</sup>, lo que implica eliminar la restitutio ficta y obliga a soportar el año antijurídico a quién lo sufre; b) permitiendo actividades lesivas sin repercusión en sus costes de producción o distribución de los daños causados, siempre que los costos de evitación sean superiores, lo que revierte en mayor número de accidentes a mayor actividad y menor responsabilidad a mayor entidad de los daños causados<sup>278</sup>.

El objetivo de maximización de la riqueza devenida del acontecer lesivo de las actividades humanas, aun a costa de los perjudicados, es insostenible desde el punto de vista de cualquier justicia material, salvo la subjetiva de los causantes y enriquecidos por esa maximización. Aún cuando la culpa sea ordenada adecuadamente en la configuración del iter constitutivo de la obligación indemnizatoria, su base no puede encontrarse en el traslado de la riqueza desde quién soporta el daño a quién lo produce y repercute con sus actividades, aunque lo contrario, que éste último lo soporte, sea menos eficiente para el bienestar de la sociedad. Incluso, que el que esto sea más eficiente está por acreditarse, puesto que el ordenamiento justamente actúa, a través de la Responsabilidad Civil, porque no puede hacerlo, de manera absoluta, con otros instrumentos para procurar la tutela de los intereses jurídicamente protegidos (así, v.gr. el Derecho Penal tutela bienes jurídicos, pero no puede evitar su lesión, que con la comisión del delito es irreversible), y la violación de la norma hace que el daño, el daño antijurídico, sólo pueda contrarrestarse con una *restitutio ficta*.

En todo caso, parece mucho más razonable, que quien mantiene el control y con ello la capacidad lesiva, soporte, por la propia imputación del daño, las consecuencias

---

<sup>277</sup> LORENZETTI, R.L., “Reflexiones acerca de la Responsabilidad Civil en el Siglo XXI...cit., p. 10 afirma que la responsabilidad por culpa incita a la actuación diligente, lo que “es coherente con el modelo del hombre emprendedor y protestante del capitalismo temprano...las externalidades negativas propias del desarrollo no son imputadas al causante sino a toda la sociedad como un costo necesario para el mismo”.

<sup>278</sup> Por ello, no nos parece completamente acertada la afirmación de SALVADOR CODERCH, P. en SALVADOR CODERCH y CASTIÑEIRA PALOU, M.T., *Prevenir y castigar...*cit., p. 110 acerca de que “los accidentes son demasiado numerosos y graves como para no tratar de reducir su número y gravedad por todos los medios disponibles, incluyendo el Derecho de daños”, porque puede que para el Derecho de daños no sea un objetivo la reducción de accidentes o su gravedad, si ello choca con la justicia perseguida por la norma o porque a pesar de perseguir esa reducción se prefiera perder eficiencia a cambio de un poco más de justicia, a pesar de que realmente sí sean esos los objetivos. En todo caso, la reducción del número y gravedad del daño no es objetivo de esta metodología, que aboga por imputar sólo los daños si es menos costoso evitarlos.

de éste, lo que le permitirá, en su caso, reducir la frecuencia de los accidentes<sup>279</sup>, aún a mayor costo, y en su caso, difundir éste y no concentrarlo sobre la víctima. Y ello, porque, en definitiva quién causó el daño y pudo evitarlo, con un actuar diferente, debe soportarlo, si obvió la diligencia que le era exigible, sea o no más costosa esta que el daño causado. Esa traslación del daño, directa o indirectamente produce una alteración conductual en quién lo causa, que lo evitará, por razones económicas, si le es más barato que causarlo y decidirá, por parámetros ideológicos, éticos y morales, causarlo si le es más barato que evitarlo. Pero en todo caso, la imputación del daño, siempre antijurídico, no puede quedar sin consecuencia, sin restitutio ficta, porque la conducta se valore en términos puramente económicos, provocando accidentes y lesiones a terceros, sólo porque sea más caro evitarlos, justamente porque el ordenamiento no acepta la lesión antijurídica y partiendo de esta premisa, debe condenar para reducir las mismas, reconduciendo a la sociedad a contener el volumen y densidad de los accidentes<sup>280</sup>.

### *1. Objeciones a su estimación.*

Nuestra doctrina es mayoritariamente contraria a la existencia de una función preventiva en al responsabilidad por daños<sup>281</sup> y han sido muchas las objeciones que se han efectuado con respecto a que la que la responsabilidad civil contenga, además de una función reparadora<sup>282</sup>, una función normativa de carácter preventivo-punitivo<sup>283</sup>,

---

<sup>279</sup> LORENZETTI, R.L., “Reflexiones acerca de la Responsabilidad Civil en el Siglo XXI...cit., p. 11, justifica, en función del análisis económico, el traslado de los costos de los daños de la víctima al responsable, en que éste puede disminuir la frecuencia de los accidentes y puede difundir el costo.

<sup>280</sup> CASAS PLANES, M<sup>a</sup>.D., “La Función de la Responsabilidad Civil”, en *PDD* núm. 29, julio-agosto 2005, p. aboga por abandonar la idea de que la responsabilidad civil venga a ser un sustituto de la compensación social, evitando su confusión con los mecanismos de reparaciones sociales de daños y “fortalecer, por el contrario, que tiene la función de influir en la tasa de los accidentes establecer reglas óptimas de conducta”.

<sup>281</sup> PANTALEÓN, F., “Como repensar la responsabilidad civil extracontractual...cit.; REGLERO CAMPOS, L.F., “Conceptos generales y elementos de delimitación”, en *VVAA., Tratado de Responsabilidad Civil*, Reglero Campos, L.F. (coord.), 3<sup>a</sup> ed., Cizur Menor (Navarra) 2006, p. 63 y ss.; MEDINA ALCOZ, M., “La función de la responsabilidad civil extracontractual...cit.,

<sup>282</sup> REGLERO CAMPOS, L.F., “Conceptos generales y elementos de delimitación”, en *VVAA., Tratado de Derecho Civil*, Reglero Campos, L.F. (coord.), 2<sup>a</sup> ed., Navarra 2003, p. 69 afirma que esta es la función primaria de todo sistema de responsabilidad civil.

<sup>283</sup> Las principales objeciones realizadas a la función preventiva entre nuestra doctrina las ha efectuado PANTALEÓN, F., voz “Responsabilidad extracontractual”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, vol. IV, p. 5942; tb. en PANTALEÓN, F., “Comentarios al artículo 1902 Cc.”, en *VVAA., Comentario del Código Civil*, Madrid 1991, tomo II; así como en PANTALEÓN, F., “Como repensar la responsabilidad civil extracontractual (también de las Administraciones públicas)...cit, si bien en este último supuesto lo hace por comparación con los fines del derecho penal y del derecho administrativo sancionado, acentuando que prevención y castigo van unidos. LLAMAS POMBO, E., “Prevención y reparación, las dos caras del derecho de daños...cit., p. 455 y ss. apoya los argumentos de PANTALEÓN contra la



indicando unas características que no se consideran propias del ámbito sancionador (en el que sitúan exclusivamente de la función preventiva, que sí se encuentran en la Responsabilidad Civil y que analizaremos después, aunque dejamos ya señaladas: i) la cuantía de la deuda indemnizatoria se determina en función del importe del daño causado, y nunca en virtud de la gravedad de la conducta del responsable; ii) la deuda ocasionada por el ilícito civil supone la obligación indemnizatoria es transmisible mortis causa a los herederos del responsable y el crédito se transmite a los herederos de la víctima<sup>284</sup>; iii) la obligación de indemnizar es asegurable; iv) Puede imponerse a las personas jurídicas; v) incluso en el procedimiento penal está sujeta al principio rogatorio o instancia de parte; vi) no existe para ella un principio de retroactividad de la ley más favorable al responsable, ni es una de las materias reservadas a Ley Orgánica; vii) el derecho a la presunción de inocencia no le es aplicable.

La cuestión no es sólo si la responsabilidad civil debe responder a funciones conmutativas o también distributivas<sup>285</sup>, sino si en si mismas se han de tener sólo en cuenta objetivos indemnizatorios o por el contrario existen otros fines que han de conseguirse como los preventivos<sup>286</sup> o incluso punitivos<sup>287</sup>, porque, como se ha dicho, lo que nos interesa a los juristas es determinar si el Derecho organiza la protección frente a

---

finalidad preventiva. Así, reitera el argumento de que la indemnización no se gradúa en función de la gravedad de la conducta ni del reproche a la misma, sino en virtud del daño, aunque para él hay una grave objeción en la responsabilidad contractual en virtud de los arts. 1103 y 1107 Cc si se interpretan literalmente, lo que no es admisible, según él, siguiendo a CARRASCO, en su comentario al art. 1107 del Cc.

<sup>284</sup> ROCA, E., “La responsabilidad civil extracontractual” en VVAA., *Derecho Civil. Obligaciones y Contratos*, Valpuesta Fernández, M<sup>a</sup> R. (coord.) Valencia 1998, 3<sup>a</sup> ed., p. 494, quién siguiendo los argumentos del Profesor Pantaleón no alega como característica de la responsabilidad civil la transmisión de la deuda sino el que “los herederos de la víctima pueden reclamar”. No obstante, la autora que en este trabajo afirma que la finalidad es la compensatoria, en un trabajo posterior ROCA, E., *Derecho de Daños*, Valencia 2011, 6<sup>a</sup> ed., 23 y ss, después de ratificarse en que el sistema de responsabilidad civil “debe tener como finalidad evitar que la víctima sufra, de forma definitiva, las consecuencias del daño”, acepta que “ello no impide que pueda atribuirse también una finalidad preventiva” la cual “no es en absoluto incompatible con un sistema básicamente resarcitorio, ...el propósito del art. 1902 Cc. es, únicamente, la reparación del daño causado”.

<sup>285</sup> Conforme a PANTALEÓN, F., “Como repensar la responsabilidad civil extracontractual...cit., p.8 los términos “justicia conmutativa” y “justicia distributiva” se utilizan también aquí como justicia entre iguales y como justicia como instrumento del Estado Social, respectivamente

<sup>286</sup> SALVADOR CODERCH, P. y GÓMEZ LIGÜERRE, C., “El derecho de daños...cit., p. 19 afirman que “la compensación no puede ser la función básica del derecho de la responsabilidad civil. Si lo fuera, el derecho de daños no subsistiría: hay otros remedios para compensar daños de mucha mejor manera, más temprana y eficientemente.

<sup>287</sup> REGLERO CAMPOS, L.F., “Conceptos generales y elementos de delimitación...cit., p. 69 afirma que “En principio, la responsabilidad civil no está llamada a cumplir una función preventiva ni punitiva, sin perjuicio de que una y otra desempeñen un papel secundario o complementario...esto no quiere decir que la responsabilidad civil no pueda cumplir esa función preventivo-punitiva de forma primaria. O para ser más exactos, una función preventiva, puesto que la manifestación punitiva debe desempeñar fundamentalmente un papel instrumental, dirigido a la prevención”.

los “accidentes” de manera eficaz<sup>288</sup>. Eficacia que, sin norma que lo habilite expresamente, ha de entenderse en términos de justicia y no de eficiencia económica. La norma puede ser ineficaz económicamente pero puede ser aprobada por la justicia que se entienda puede generar en la sociedad.

Las referidas objeciones a la función preventiva, se basan en características que se dan en la responsabilidad civil y se utilizan para diferenciarla frente al Derecho Sancionador de carácter público, en especial el Derecho Penal que reúne todas y cada una de las características referidas. Alegar tales objeciones, como argumento para negar en la Responsabilidad Civil las funciones preventivas propias del Derecho Penal supone situar el debate en términos de lógica formal pura, con las premisas y su conclusión: el Derecho Penal (o sancionador) tiene determinados caracteres que coadyuvan a lograr sus propósitos; siendo la finalidad del Derecho Penal (o sancionador) la prevención; por tanto, como la responsabilidad civil no tiene esos caracteres propios del Derecho Penal, no tiene finalidad preventiva. El silogismo estaría situado en términos tales que condiciona la conclusión, porque toda institución que no tenga aquellos últimos carece de la referida finalidad preventiva. A nuestro juicio esto implica incurrir en una falacia de negación del antecedente. Este error impide sostener el argumento porque el mismo es inválido aunque la verdad de sus premisas se pueda acreditar. La verdad de estas no garantiza la verdad de la conclusión. Únicamente si el silogismo partiera de la premisa que dijera “única y exclusivamente con los caracteres referidos se puede defender una finalidad preventiva” sería viable la conclusión referida, como una verdad de validez general. Entonces, lo relevante es acreditar si para que pueda sostenerse una finalidad preventiva, los referidos elementos son presupuestos imprescindibles. En todo caso, las funciones punitiva y preventiva no han de ir ligadas necesariamente, lo que se reconoce incluso por quienes<sup>289</sup> no defienden otra función de la responsabilidad civil que la indemnizatoria. Y es que, si bien es cierto que castigar previene, con la prevención no se busca castigar sino evitar incumplimientos futuros, sean de quién ya ha incumplido, reeducándolo (prevención especial), sean de los miembros de la sociedad en general,

---

<sup>288</sup> DESDENTADO BONETE, A., “Reflexiones sobre los accidentes de trabajo al hilo de algunas decisiones judiciales recientes”, en *XVI Jornadas Catalanas de Derecho Social. La responsabilidad laboral del empresario: siniestralidad laboral*. Febrero 2005. Se puede obtener en <http://www.uoc.edu/symposia/dretsocia/index.html> , p. 2, quien en relación con el contexto de los accidentes de trabajo afirma que “La lógica de la reparación debe incluir un efecto preventivo”.

<sup>289</sup> LLAMAS POMBO, E., “Prevención y reparación, las dos caras del derecho de daños...cit., p.450 y 453 acepta, siguiendo a SALVADOR CODERCH Y CASTIÑEIRA que prevenir y castigar no han de ir necesariamente unidas.

mostrándoles las consecuencias negativas que dimanen de la violación del ordenamiento, sea a través de la tutela penal, de la administrativa o incluso de la civil.

Para poder determinar si el referido argumento es sostenible o no, se examinan algunas otras normas de carácter no indemnizatorio que se utilizan para motivar el cumplimiento de determinados deberes y que tienen, o así se confirma por la doctrina, marcados efectos preventivos sobre las conductas deseadas por el legislador. Y ello como instrumento, como banco de pruebas para comprobar si sus caracteres son idénticos a los del Derecho Sancionador público o pueden, con otros elementos que soporten su estructura normativa, pretender fines preventivos.

No existe norma alguna que prohíba que en el derecho privado no puedan alojarse normas sancionadora que puedan quedar sometidas a fines no preventivos de determinadas conductas, sancionando al infractor de manera similar a como lo hace el Derecho Penal, o sencillamente desvalorando su conducta y atribuyéndole determinadas consecuencias jurídicas, tipificadas en la norma que regula esa institución.

En los ordenamientos jurídicos empiezan a utilizarse, de manera ciertamente habitual, los supuestos que en el marco del Derecho Privado se instrumentan para determinados fines que no sólo persiguen la protección del interés particular sino el cumplimiento del ordenamiento, indicando a los sujetos destinatarios el actuar debido y las correspondientes consecuencias para los supuestos de incumplimiento, que no responden, necesariamente, a la existencia de un daño, sino ante el desvalor de una conducta que infringe un deber preestablecido. Así, v.gr., y en el ámbito del derecho mercantil, podemos mencionar en especial la norma contemplada en el art. 367 LSC<sup>290</sup>

---

<sup>290</sup> ALONSO ESPINOSA, F., *La Responsabilidad Civil del Administrador de Sociedad de Capital en sus elementos configuradores*, Cizur Menor (Navarra) 2006, p. 14, afirma que la responsabilidad del art. 262.5 LSA, D.T.3ª, nº 3 LSA, art. 105.5 LSRL y 108.2 LSRL son supuestos que no persiguen función resarcitoria sino que tienen una “función inductora o preventiva del cumplimiento de ciertas normas, correctoras de sus consecuencias a cargo del patrimonio personal del administrador y, al tiempo, sancionadoras de su infracción”. Incluso el propio autor tras afirmar en la p. 13 del referido trabajo que “El sistema de responsabilidad civil del administrador de sociedades de capital es un régimen de Derecho Privado que rige las especialidades sustantivas y procesales de la obligación de resarcimiento de los daños y perjuicios causados por el administrador, en el ejercicio de su cargo”, establece en la p. 24 y ss. que “el modelo legal de regulación de la responsabilidad civil del administrador...va más allá de la tradicional y fundamental función resarcitoria...el régimen legal está también presidido por una función preventiva o de control social objetivo de la actividad profesional del administrador societario...es un instrumento en función de garantizar el comportamiento del administrador societario conforme a Derecho”. SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, Cizur Menor (Navarra) 2005, p. 287 afirma también que “El régimen de responsabilidad civil de los administradores tiene por función esencial, el cuidar que éstos cumplan las obligaciones y deberes que impone la Ley o los estatutos y otras normas del ordenamiento jurídico, de forma que, si mediante un acto ilícito causan daño a la sociedad, a

(incumplimiento de los deberes disolutorios por parte de los administradores)<sup>291</sup> o el art. 14 LSC (existencia de una unipersonalidad sobrevenida que no se inscribe en el Registro Mercantil). De igual manera en el ámbito contractual podríamos situar a las clásicas cláusulas penales, cuando se fijan al margen de la indemnización, conllevando una función punitiva (art. 1152 CC), sin perjuicio de la existencia del daño sufrido por el contratante que cumple, no obstante y para evitar la incidencia de la voluntad de las partes en nuestro trabajo que implicaría el estudio del negocio jurídico del que emanan dichas cláusulas, únicamente vamos a realizar un análisis sobre supuestos que tienen fuente en la norma y no en la voluntad de las partes. Sin perjuicio de que, *mutatis mutandi*, nuestras conclusiones puedan servir para las cláusulas penales, con las matizaciones que el origen negocial implica.

A los solos efectos de comprobar si los caracteres referidos (la cuantía de la deuda indemnizatoria se determina en función del importe del daño causado; la deuda ocasionada por el ilícito civil supone la obligación indemnizatoria es transmisible mortis causa a los herederos del responsable y el crédito se transmite a los herederos de la víctima, etc.) son propios y exclusivos de la responsabilidad civil indemnizatoria o si bien son caracteres comunes a otras responsabilidades jurídico-privadas, “sanción “ en sentido *lato sensu*, vamos a analizar, en primer lugar, si se dan o no en una responsabilidad de carácter jurídico-privado que no tenga carácter indemnizatorio, sino que busque otros objetivos<sup>292</sup>, lo que nos permitirá extraer las oportunas conclusiones, aunque puede anticiparse que, para prevenir, no hace falta, en todo caso, la punición.

---

los accionistas o a los terceros, están obligados a resarcirlo...la responsabilidad de los administradores, tras la función de mecanismo de reparación de un daño que está implícito en toda exigencia de responsabilidad, late de modo especial el ser un medio de control de la gestión...buscando un equilibrio entre poder y responsabilidad...La responsabilidad civil en general, según es notorio, ha sufrido una evolución profunda desde fines del siglo XIX y ha ido perdiendo buena parte de su carácter sancionador para incrementar su función reparadora...En el campo de la responsabilidad civil de los administradores, sin desaparecer la función reparadora que se ve auxiliada con la presencia del seguro, adquiere una función normativa o de disciplina de la actuación de los administradores”; SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*...cit., p. 436 afirma que el supuesto previsto en el art. 262.5 es un supuesto de responsabilidad *ex lege* que tiende “a sancionar a los administradores que incumplen los deberes legales para que operen de forma efectiva y prácticamente automática las causas de disolución de la sociedad”.

<sup>291</sup> En BELTRÁN, E.M., “La responsabilidad de los administradores por las deudas sociales”, en VVAA., *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, Rojo, A. y Beltrán, E., (dir.), Valencia, 2013, 5ª ed., p.s 227 a 288 se afirman las funciones preventivas de la institución. Por nuestra parte en MUÑOZ GARCÍA, A., *La causa disolutoria por pérdidas graves, en las sociedades de capital, tras las últimas modificaciones normativas aprobadas por la ley 16/2007 de 4 de julio y el Real Decreto Ley 10/2008, de 12 de diciembre*, RDM nº 270, 2008, p. 1435 y ss. ya negábamos la función sancionadora de la institución pero no que ello no tuviera funciones preventivas.

<sup>292</sup> ROJO, A., “Los deberes legales de los administradores en orden a la disolución de la sociedad de

(i) Respecto del obstáculo de que la responsabilidad civil no se gradúa conforme a la gravedad de la conducta sino conforme a otro parámetro, que puede objetivarse, como el daño<sup>293</sup>, es decir el hecho de que la responsabilidad es impuesta en función del parámetro del resarcimiento de la víctima, con independencia de la conducta del sujeto, cabe decir que similares matices son, también, propios de otras instituciones civiles como el enriquecimiento injusto o de las responsabilidades civiles de naturaleza sancionadora, donde establecidos los presupuestos de la norma se impone la consecuencia que consiste, o bien en restablecer el empobrecimiento injustificado hasta donde el sujeto se haya enriquecido, o en abonar la pena impuesta, que depende de la configuración de la misma, pero que, en todo caso, se da al margen de la gravedad de la conducta del responsable<sup>294</sup>.

---

capital”, en *Homenaje al Profesor Fernando Sánchez Calero*, Madrid 2002, p. 1450 afirma, en relación con el supuesto previsto en el art. 262.5 LSA que estamos ante “una medida preventiva coactiva cuya efectividad se consigue a través de esa amenazante responsabilidad legal de los administradores que no promuevan oportunamente la disolución de la sociedad”.

<sup>293</sup> Recordemos que en la regulación de la normativa penal que regula la responsabilidad civil por los actos de otros se establece una regla de subsidiariedad (art. 120 CP) sobre lo que se ha afirmado que esta nota no es consustancial a la responsabilidad vicaria sino algo característico de nuestro ordenamiento “probablemente imbuida de la idea de la indemnización civil como una especie de pena criminal que se impone de manera directa al autor del daño”, como ha dicho YZQUIERDO TOLSADA, M. “La responsabilidad civil en el proceso penal”, en VVAA., *Tratado de Derecho Civil*, Reglero Campos, L.F. (coord.), 2ª ed., Cizur Menor (Navarra) 2003, p. 496.

<sup>294</sup> Respecto de la responsabilidad prevista en el art. 367 LSC (antiguo 262 LSA), se hacía responsable al administrador de todas las deudas de la sociedad, anteriores o posteriores al incumplimiento de la obligación de promover la disolución societaria. Así URÍA, R., MENÉNDEZ, A., y BELTRÁN, E., *Disolución y Liquidación en la Sociedad Anónima* (Artículos. 260 a 281 de la Ley de Sociedades Anónimas), en Uría, R., Menéndez, A. y Olivencia, M., (dir.), *Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles*, Madrid 2002, tomo XI, p. “en relación con el ámbito objetivo de la responsabilidad, es necesario subrayar que se señala, sin ninguna restricción, que esa responsabilidad se extiende a las obligaciones sociales, Hemos de entender, por tanto, que no se limita a las obligaciones asumidas con posterioridad al incumplimiento...sino que se extiende a todas las obligaciones sociales”. Actualmente, como ya hemos referido, la citada norma ha sufrido una modificación en virtud de la Disposición Final Primera de la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España por la que la responsabilidad es respecto de las “obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa de disolución”, aunque a continuación se añade que “las obligaciones sociales reclamadas se presumirán de fecha posterior al acaecimiento de la causa legal de disolución de la sociedad, salvo que los administradores acrediten que son de fecha posterior”. En cualquier caso, el monto de las obligaciones sociales de las que se ha de responder, sean todas –porque no se logre probar el momento en que se incurre en disolución- o sólo las posteriores a la existencia de la causa de disolución, es completamente independiente de la actuación del administrador, es decir no guarda correlación con la gravedad de la actuación de aquel sino con el importe de las deudas contraídas por la sociedad, que puede haber contraído cualquier representante, administrador o apoderado, de la sociedad, y por tanto, con pleno desconocimiento del mismo, incluyendo las obligaciones extracontractuales, de la cuales será deudora la sociedad, surgidas incluso en supuestos de inactividad de la sociedad –por ejemplo, el derrumbe de una pared de un edificio de titularidad de la sociedad, que se mantiene abandonado desde el cese de la actividad-.

(ii) En relación con la transmisibilidad de la deuda indemnizatoria “mortis causa”, que acontece en el seno de la responsabilidad civil, debemos indicar que la responsabilidad civil es transmisible a los herederos de la víctima y también de manera intervivos cuando la deuda ha nacido<sup>295</sup>, sin perjuicio de los problemas que existen acerca de la transmisibilidad del crédito procedente de daños morales<sup>296</sup>. Por el lado

---

<sup>295</sup> Ver GÓMEZ CALLE, E., “Los sujetos de la responsabilidad civil. La responsabilidad por hecho ajeno”, en VVAA., *Tratado de Derecho Civil*, Reglero Campos, L.F. (coord.), 2ª ed., Navarra 2003, p. 429 quién afirma, como no puede ser de otra forma, que el crédito es plenamente transmisible conforme al régimen de cesión de créditos. En el mismo sentido, ROCA, E., *Derecho de Daños. Textos y materiales*, Valencia 2000, 3ª ed., p. 173, pero argumentando que la obligación de reparar el daño no es personalísima. En sentido contrario MARTÍN VILLA, P. y BLANCO, M.D., “Sobre la transmisibilidad de las obligaciones <<ex quasi delicto>>”, en RDP, julio-agosto 1992, p. 662 y ss., quienes apoyándose en una sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona niegan la posibilidad de transmitir el crédito en virtud de entender que tal negocio sería inmoral, sin perjuicio de que una vez que se haya pronunciado el hecho en la sentencia judicial, el derecho adquiere una nueva naturaleza que sí permitiría la transmisión. A ello se añade que la acción subrogatoria del art. 1111 Cc. permite a los acreedores ejercitar los derechos de su deudor ante una situación de insatisfacción de sus créditos con el patrimonio de este último. Igual solución prevé la actual Ley Concursal, la cual, en caso de suspensión de facultades del deudor, legitima a la administración concursal para el ejercicio de las acciones del concursado, salvo las de índole personal (art. 54.1.). Con ello la indemnización ingresa en el patrimonio del deudor. Igualmente cabe la cesión del crédito indemnizatorio, cuestión que no es obstaculizada por el hecho de que el art. 1112 Cc., sólo parezca referirse a obligaciones procedentes de contratos, así YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual*, Madrid 2001, p. 389. Y también, por último cabe la subrogación en el derecho del perjudicado, tal y como se prevé en el art. 43 LCS, si bien la misma sólo se producirá en los supuestos de daños materiales cubiertos por seguros de daños, en cuanto en los seguros de personas se encuentra prohibida (art. 82 LCS), más allá de los gastos sanitarios, en cuyo caso, de ser cubiertos, el crédito indemnizatorio contra el responsable del daño podría ser adquirido por subrogación por el asegurador.

<sup>296</sup> En este sentido la propia ROCA, E., *Derecho de Daños. Textos y materiales*, Valencia 2000, 3ª ed., entre otros, aunque la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, por la que se establece la protección civil de los derechos fundamentales al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, se determina que el importe de la indemnización por el daño moral, en el caso de que titular del derecho lesionado fallezca sin haber podido ejercitar por sí las acciones previstas en esa Ley, se entenderá comprendida en la herencia del perjudicado. No podemos obviar que la indemnización de daños y perjuicios, con independencia de su causa, es una derecho de crédito contra el deudor responsable de la misma, y por lo tanto, una vez existe el mismo, no se ve causa alguna para evitar su transmisibilidad, ni tan siquiera el que la finalidad del mismo sea, como dice GÓMEZ CALLE, E., “Los sujetos de la responsabilidad civil...cit.”, p. 427, “una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado”, puesto que una vez producido el daño, surge el derecho de crédito por esa compensación que ingresa en el patrimonio del perjudicado. Si por otra parte, si como la referida autora afirma que de negarse la transmisibilidad de la reparación se beneficia al responsable con la muerte del perjudicado, pero ello no es argumento porque la función de la responsabilidad civil no es sancionar sino resarcir, no se entiende el porque la referida Ley de Protección al Honor determina que cuando la persona afectada ha fallecido, el importe del daño moral corresponderá a su cónyuge, descendientes, ascendientes y hermanos (art. 9.4 en relación con el art. 4.2.), y si el sujeto fallece sin haber podido ejercitar las acciones previstas en la Ley, la indemnización estará comprendida en la herencia del perjudicado. Como dice YZQUIERDO TOLSADA, M. “Daños a la personalidad (honor, intimidad y propia imagen)”, en VVAA., *Tratado de Derecho Civil*, Reglero Campos, L.F. (coord.), 2ª ed., Navarra 2003, p. 1251, refiriéndose al supuesto previsto en el art. 9.4 por el que la indemnización del daño moral se entenderá comprendida en la herencia del perjudicado, que ello es “cosa lógica, si se entiende que esa indemnización no deja de ser un derecho que, cuando era sólo expectativa, ya formaba parte del patrimonio del causante –refiriéndose al fallecido–”. Pero lo que define la posición del legislador es la legitimación del Ministerio Fiscal para ejercer las acciones de protección que contempla la Ley –entre las que se incluye la condena a indemnizar los perjuicios causados (art. 9.2)- si la persona afectada ha fallecido y no hay otros legitimados. Por otro lado, la propia Exposición de Motivos dice que “la acción ya entablada [al tiempo del fallecimiento del afectado] sí será transmisible

pasivo, como deuda indemnizatoria, que recae sobre el patrimonio del deudor, puede sin ninguna duda autorizarse la transmisión de la deuda a un tercero intervivos, si existe el consentimiento del acreedor<sup>297</sup>, y en cualquier caso mortis causa<sup>298</sup>, sin que aquí la naturaleza del daño causado, sea material o moral, afecte para nada a la transmisibilidad en cuanto en ambos casos la obligación del deudor es patrimonial, y la exigencia de la deuda queda a expensas del titular del derecho de crédito<sup>299</sup>.

Pues bien, en el caso de los supuestos de responsabilidad civil sanción, lato sensu, también existe una posibilidad de transmisión de la deuda, mortis causa e intervivos, puesto que la responsabilidad no es personal sino patrimonial, y la misma se impone en función del incumplimiento de unos determinados deberes, es decir, producido el supuesto de hecho que da lugar al nacimiento de la responsabilidad por las deudas sociales (por ejem.: art. 14 LSC), esas obligaciones se incorporan al patrimonio del deudor corriendo la suerte del mismo. Si el acreedor o el deudor fallecen, de conformidad con lo dispuesto en el art. 659 CC. la herencia comprende también todos los derechos y las obligaciones “que no se extingan por su muerte”<sup>300</sup>. En las responsabilidades sanción previstas por el legislador, la existencia del presupuesto supone el nacimiento de una deuda patrimonial que se incorporará en su lado activo al patrimonio del acreedor y del lado pasivo al del deudor, y el fallecimiento del acreedor en ningún caso supone una extinción del crédito en cuanto que el derecho no es

---

porque en este caso existe una expectativa de derecho a la indemnización” sin que el legislador diferencie como luego hace entre “la indemnización de perjuicios...no solo materiales” y “la de los morales”.

<sup>297</sup> Así GÓMEZ CALLE, E., “Los sujetos de la responsabilidad civil...cit., p. 432, tanto inter vivos como mortis causa, la cual lo justifica precisamente en que la función de la responsabilidad civil es resarcitoria y no preventivo-punitiva. En sentido contrario a su admisión MARTÍN VILLA, P. y BLANCO, M.D., “Sobre la transmisibilidad...cit., p. 663.

<sup>298</sup> Así lo dice expresamente el art. 115 LECrim., “La acción penal se extingue por la muerte del culpable; pero en este caso subsiste la civil contra sus herederos y causahabientes, que sólo podrá ejercitarse ante la jurisdicción y por la vía de lo civil.”.

<sup>299</sup> LLAMAS POMBO, E., “Prevención y reparación, las dos caras del derecho de daños...cit., p. 456 y ss. reitera también el argumento de la transmisibilidad de la acción civil a los herederos de la víctima, la asegurabilidad de la responsabilidad civil y la inaplicación de los principios de retroactividad de la ley más favorable. Afirma el autor que la transmisibilidad a sujetos distintos del dañador y de la víctima impide que quepa hablar de “ni de punición, ni de prevención (especial, al menos), ni de reintegración del crédito lesionado, ni de cosa parecida”. Aunque posteriormente, afirma que resulta “aconsejable no sostener tal criterio con excesivo radicalismo” ya que diversas razones “hace que siempre planea sobre nuestra responsabilidad civil un cierto paralelismo entre el delito civil y el delito penal”.

<sup>300</sup> La jurisprudencia tiene bastante asentado que “Las obligaciones y derechos nacidos de vínculos contractuales, salvo los supuestos de ser personalísimos o de prohibirlo el pacto o la ley se transmiten a los herederos de los contratantes” [STS 19-7-93 (RJ 1983, 4238)] considerando como “intransmisibles los derechos de carácter público; los personalísimos o de tal suerte ligados a determinada persona por sus cualidades, parentesco, confianza, etc., que tienen su razón de ser preponderante y a veces exclusiva en elementos o circunstancias que sólo se dan en el titular o inhaerent, y por último, algunos derechos patrimoniales de duración limitada, legal o convencionalmente, a la vida de una persona” [STS 11-10-43 (RJ 1943, 1034)].

personalísimo, sino que se ostenta con independencia de sus condiciones personales<sup>301</sup>. Del mismo modo, y por las mismas razones, el derecho de crédito derivado de una responsabilidad sanción de carácter civil es transmisible inter vivos, en cuanto si el acreedor cede su derecho principal a un tercero, la responsabilidad sanción sigue a ese crédito. El responsable no lo es frente a un concreto sujeto sino sólo frente a aquel que sea titular del derecho de crédito principal. La cesión del crédito que pudiera conllevar la responsabilidad de un tercero (v.gr. art. 367 LSC) conlleva la de sus garantías, y con ello la de los deudores solidarios, entre los que se incluyen los responsables por la sanción civil impuesta.

Respecto a la consideración de la transmisión de la posición pasiva derivada de una responsabilidad no indemnizatoria, fundamental para la resolución de este problema es conocer la causa por la que se impone la obligación de pagar la deuda de un tercero, y precisamente porqué la sanción consiste en el importe que el acreedor mantiene con el deudor principal. Con esta responsabilidad se ha procurado una determinada conducta del sujeto, y ante su incumplimiento se le impone un deber consistente en hacerse cargo de la deuda de ese tercero sencillamente como reproche ante su conducta, y no por el daño que haya causado al acreedor, sino sencillamente por desobedecer, por incumplir, la norma. Pero lo relevante es que la sanción no es una cuantía predeterminada sino la responsabilidad, ampliando el círculo de obligados, de las deudas de un tercero. Si el tercero no debe nada, no hay sanción exigible, aunque se incumplan los deberes, pero igualmente si aún desobedeciendo la norma, el acreedor sólo reclama al deudor principal, y éste paga, se extingue la deuda del responsable<sup>302</sup>, o bien si aún pagando el sancionado, puede repetir frente al auténtico acreedor y termina satisfecho, habrá sido sancionado pero la sanción no habrá tenido efectos finales sobre su patrimonio.

Si la deuda no fuese transmisible, sería impensable que el pago de un tercero, en este caso el deudor principal, extinguiera la deuda, e igualmente no sería viable, que una

---

<sup>301</sup> En los supuestos del art. 367 LSC (antes art. 262 LSA) y 172.3 LC, el crédito deriva de su condición de acreedor de la sociedad. Si la sociedad no está obligada frente al acreedor fallecido, ninguna responsabilidad por este concepto cabe reclamar frente a los administradores. Ello acredita el carácter de la deuda, en cuanto que el derecho surge en el patrimonio del acreedor como garantía adicional de la que mantiene frente a un tercero, en este caso la sociedad, y por lo tanto al margen de relación alguna con el propio deudor. Por ello, el fallecimiento del acreedor no puede extinguir nunca la deuda en cuanto que la misma funciona al margen de sus características personales.

<sup>302</sup> URÍA, R., MENÉNDEZ, A., y BELTRÁN, E., Disolución y Liquidación en la Sociedad Anónima...cit., p. 262 “ésta (la sociedad) no deberá gozar de acción de regreso contra los administradores...lo que la ley quiere es establecer una responsabilidad solidaria del administrador frente al tercero, pero no frente a la sociedad”



vez pagado, el responsable pueda repetir frente al deudor principal. Por todo ello, es posible la transmisión de la deuda tanto mortis causa como inter vivos, en este último, siempre que exista autorización del acreedor que permita que de la misma se haga cargo un tercero distinto de aquel sobre el que recae la responsabilidad, porque en definitiva la responsabilidad es debida tanto como reproche a la conducta del responsable, como a la satisfacción del interés del acreedor<sup>303</sup>. A ello se añade que nada obsta a que la prestación, de carácter patrimonial, sea cumplida por un tercero, tenga interés o no en el cumplimiento de la obligación, subrogándose en el derecho del acreedor. Cuestión distinta sería que el legislador atribuya a la prestación del deudor un carácter personalísimo, impidiendo que cumpla también fines de satisfacción del interés del acreedor, buscando sancionar personal y directamente al propio responsable. Ello es lo que deriva del régimen jurídico del derecho sancionador público, penal o administrativo, cuyo propósito no es más que reprochar la conducta del sujeto, mediante medidas de punición. No obstante, en el ámbito de las relaciones entre los particulares, cuando el legislador ha querido establecer la intransmisibilidad de la deuda del responsable por una sanción impuesta frente al acreedor, lo ha establecido expresamente<sup>304</sup>, por lo que cuando no lo ha hecho, debemos entender que no se encuentra prohibido.

(iii) También se afirma como argumento contra la finalidad preventiva que la responsabilidad civil es asegurable. Bien es cierto que la responsabilidad penal o la responsabilidad administrativo-sancionadora, que son inasegurables, son responsabilidades con unas mismas finalidades<sup>305</sup>, que consisten en establecer un sistema represivo contra conductas indeseables, por lo que parece contrario al orden público su asegurabilidad. La responsabilidad civil, cuya sanción depende del daño, pretende, sin embargo, unos objetivos distintos, y por ello no es contrario al orden público o a la moral su aseguramiento<sup>306</sup>. Pero en realidad esta no es ni mucho menos

---

<sup>303</sup> BELTRÁN, E.M., “La responsabilidad por obligaciones sociales...cit., p. 249 y ss., en una muy ilustrativa explicación de la génesis de la norma establecida en el art. 262.5 LSA, afirma que lo pretendido con esa norma era “establecer un mecanismo de tutela de los acreedores sociales”.

<sup>304</sup> Así lo ha hecho en el supuesto previsto en el art. 123 LGSS que regula el denominado recargo de prestaciones, estableciendo una prohibición expresa de aseguramiento que ha llevado a la jurisprudencia a afirmar la imposibilidad de que dicha deuda sea reclamada más allá del responsable según los términos de la Ley.

<sup>305</sup> Así, ver por todos NIETO, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, Madrid 2002, 3ª ed., p. 165, quien afirma que “la potestad administrativa sancionadora se legitima directamente y con iguales títulos que la potestad penal”, manifestando en la p. 167 la “aplicación directa al Derecho Administrativo Sancionador de los principios del Derecho Penal...así se acepta con práctica unanimidad”.

<sup>306</sup> Existe unanimidad a la hora de aceptar la asegurabilidad de la responsabilidad civil. Ver por todos ALONSO SOTO, R. “Responsabilidad civil y seguro”, en Pantaleón, F. (edic.) *La responsabilidad en el*

una característica exclusiva de la responsabilidad civil, de carácter indemnizatorio. La misma existió sin que el seguro lo hiciese simultáneamente. De hecho, hasta el siglo XIX no fue aceptado este riesgo como asegurable por razones morales<sup>307</sup>. Actualmente, al margen de la responsabilidad civil de carácter indemnizatorio, es posible asegurar otras responsabilidades civiles de carácter no indemnizatorio, sino sancionador, que revisten una naturaleza patrimonial, a pesar de su finalidad y nada obsta a ser aseguradas<sup>308</sup>. Evidentemente, el aseguramiento no es una característica necesaria ni exclusiva de la responsabilidad civil, y ello no puede incidir en la finalidad de la norma. Ello no obsta a la sensación generalizada de que la existencia del seguro supone un obstáculo en incentivar conductas diligentes, y así es bastante importante la opinión que se manifiesta sobre los efectos negativos que podría producir el seguro de responsabilidad civil sobre la conducta del asegurado<sup>309</sup>, al producir el denominado “moral azard”.

Ha de partirse de la premisa de que el que la responsabilidad civil sea asegurable no es en ningún caso una supresión de la responsabilidad, ni una exención o reducción de la misma, ni es tampoco un instrumento que elimine otras funciones que puede

---

*Derecho. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* 4 (2000), p. 7, que afirma que no es contrario al orden público al garantizar el progreso económico y no incitar a provocar siniestros, aunque sí afirma que favorece en alguna medida las conductas negligentes.

<sup>307</sup> ALONSO SOTO, R. “Responsabilidad civil y seguro...cit., p.4 y 5.

<sup>308</sup> Así para los supuestos previstos en los arts. 15.1, 15.2, 17.2, 74.3, 127 262.5, DT. 3ª y DT 6ª LSA, y 172.3 LC, RONCERO SÁNCHEZ, A., “El seguro de responsabilidad civil de los administradores de una sociedad anónima”, 2ª ed., en [www.indret.com](http://www.indret.com) número 2/2004, p. 19, y en RONCERO SÁNCHEZ, A., “El seguro de responsabilidad civil de los administradores”, en VVAA., Responsabilidad de los Administradores, Rojo, A. y Beltrán, E., (dir.), Madrid, 2005, p. 501 y ss., afirma la asegurabilidad de todos los supuestos de responsabilidad civil, excluyendo únicamente los que generen responsabilidad penal, fiscal y/o administrativa. E incide en la asegurabilidad de los supuestos previstos en el art. 262.5 LSA y en las DT 3ª y DT 6ª LSA, y aún a pesar de que al tratarse de responsabilidad-sanción, cuya exigencia no requiere de un daño, ello “no significa que la misma pierda su carácter de responsabilidad civil ni tampoco que adquiera el carácter personalísimo que tienen las sanciones penales y administrativas”, con anterioridad RONCERO SÁNCHEZ, A., *El Seguro de Responsabilidad Civil de Administradores de una Sociedad Anónima (Sujetos, Interés y Riesgo)*, Cizur Menor (Navarra) 2002.. En el mismo sentido, IRIBARREN BLANCO, M., *El seguro de responsabilidad civil de los administradores y altos directivos de sociedades de capital (D&O)*, Navarra 2005, p. 169 y ss., que afirmando que en el supuesto del 262.5. TRLSA se trate de un supuesto de responsabilidad por daños, y afirmando que aunque no tiene una finalidad punitiva sino que se pretende compeler a los administradores para la satisfacción de los acreedores, dicha responsabilidad es asegurable. También GUERRERO LEBRÓN, M.J., *El Seguro de Responsabilidad Civil de Administradores y Directivos*, Madrid 2004, p.176, afirma su asegurabilidad apoyándose en que no constituye una sanción de Derecho Público, si bien recomienda la introducción de cláusulas excluyéndola de cobertura, según se desee. No obstante, en nuestra opinión, y estando de acuerdo con la posibilidad de asegurar dicha responsabilidad, puesto que cabe su transmisibilidad, posteriormente analizaremos si cabe o no su cobertura bajo un seguro de responsabilidad civil, aunque nada obsta a que, si la misma es transmisible, quepa también su aseguramiento.

<sup>309</sup> YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual*, Madrid 2001, p. 512.

cumplir la responsabilidad civil, como la preventiva, sino todo lo contrario. Aunque el seguro de responsabilidad civil pueda ser un buen instrumento de pulverización de los daños, al lograr distribuirlos entre una colectividad ello no implica que el asegurado-responsable quede libre de carga, en cuanto ha requerido, cuando menos, el pago de la prima correspondiente al riesgo cubierto, pero ello no supone que por el hecho de que el seguro cubra esta responsabilidad se prive un ápice de las funciones que la misma ha de cumplir, como tampoco lo hace cuando el objeto de cobertura son otras responsabilidades, siempre y cuando el objetivo principal de las mismas no sea únicamente el carácter represivo de las conductas de los sujetos<sup>310</sup>, puesto que si a la misma se le une el interés de un tercero, parece que deba primar este en primer lugar y permitir el seguro<sup>311</sup>, para protegerlo, aumentando las garantías del cobro de su crédito. La posible cobertura de la responsabilidad civil indemnizatoria a través de un seguro, no es una característica exclusiva de este tipo de responsabilidad, sino que se acepta también de otras responsabilidades civiles, que no indemnizan, sino que sancionan, al menos “lato sensu”, como un mecanismo incentivador de determinadas conductas. Esa transmisión del riesgo, que se produce con el seguro no es pues un obstáculo para que la responsabilidad civil, con consecuencia indemnizatoria, pueda responder a otros fines.

(iv) En cuanto a que la responsabilidad civil tiene como característica el que se puede imponer a las personas jurídicas, nos parece un poco sorprendente que ello se predique como elemento determinante de una función preventiva de la responsabilidad civil indemnizatoria, ya que hoy no existe ya debate alguno sobre que el derecho sancionador administrativo, pueda recaer, con toda su virulencia sobre las personas jurídicas sobre las que se impute directamente la comisión de la conducta prohibida o la infracción del ordenamiento. No sólo es posible la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, cuya infracción se les imputa a ellas y no a las personas jurídicas que

---

<sup>310</sup> Así, en Italia, DE STROBEL, D., *L'Assicurazione di Responsabilità Civile*, Milano 2004, 5ª ed., p. 160 y ss., niega el aseguramiento de la responsabilidad penal en cuanto la misma se encuentra ligada a la persona y no puede ser objeto de un negocio, al no poderla transmitir a otro sujeto, en cuanto su función es la punitiva.

<sup>311</sup> JERRY, R.H., *Understanding Insurance Law*, Newark 2002, 3ª ed., p. 574 y ss., afirma la cobertura de los “punitive damages”, a pesar de que el tema no es pacífico, si bien donde en los estados en los que el legislador no se ha pronunciado, los tribunales se han pronunciado en sentido afirmativo, en cuanto los “punitive damages” son una responsabilidad legal, si bien contemplando la excepción de que la conducta del asegurado sea intencional. Incluso en Carolina del Sur se obliga a cubrir este tipo de responsabilidad. En cualquier caso, la mayoría de los estados que han regulado la cuestión han aceptado su aseguramiento. Las razones a favor son básicamente la protección de la víctima frente a la insolvencia del asegurado, y que la indemnización produzca precisamente esa insolvencia. Mientras que en contra, estaría la pérdida de la función preventiva y que los daños punitivos son una sanción a la conducta del causante.

hayan realizado la actuación ilícita, sino que en algunos supuestos es posible la sanción de personas físicas que conforman sus órganos de decisión, sólo si la persona jurídica es sancionada y por lo tanto su conducta sólo se reprocha si previamente se ha hecho con la persona jurídica de la que forma parte. El que pueda ser declarada responsable una persona jurídica no es precisamente una característica propia de la responsabilidad civil indemnizatoria. Este argumento, además, ha quedado refutado por el propio ordenamiento a raíz de la aprobación de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal que ha venido a regular la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Por lo tanto, existe una premisa errónea en el argumento de que no se puede conducir o incentivar determinadas conductas en las personas jurídicas al tratarse de ficciones jurídicas, porque más allá de la concepción dogmática de las mismas, su conducta, desarrollada fácticamente a través de otras personas, puede reconducirse mediante penas u otros instrumentos jurídicos para acomodarlas a los propósitos de cada sistema normativo. En este sentido, ya lo contemplaba el Derecho Administrativo Sancionador, que nunca ha tenido reparos en sancionar sus conductas o el Derecho Sancionador Privado (las cláusulas penales se negocian entre cualquier tipo de persona o las sanciones por deudas ajenas como las del art 367 LSC no han previsto diferencia de trato alguno en función de si el destinatario era persona física o jurídica). De lo contrario, si no cupieran normas para incentivar un comportamiento exigido las personas jurídicas deberían ser suprimidas porque se convertirían en meros instrumentos de inimputación. De hecho, la responsabilidad civil siempre se les ha aplicado por considerarlas susceptibles de imputarles los resultados lesivos, al no actuar conforme al deber objetivo de cuidado.

(v) Respecto al hecho de que la responsabilidad civil indemnizatoria queda sometida a instancia de parte, o al principio de rogación, no parece que ello sea óbice para sostener el que por ello se pretenda prevenir la causación del daño. Si se parte de la premisa de que el perjudicado tiene a su alcance la facultad de reclamar o no, la simple posibilidad de que pueda ejercitarse el derecho correspondiente, pero sin control por parte del responsable, produce la correspondiente prevención general hacia futuros responsables de esos daños. No es necesario que el perjudicado ejercite acciones para que nazca su derecho de crédito.

Podría pensarse que una función preventiva no funcionaría si se deja en manos del particular la persecución del responsable, pero ello partiría de una premisa errónea,

si se entendiera que, cuando hablamos de prevención, nos estamos refiriendo a prevención particular o individual. La función preventiva que pudiera caracterizar a la responsabilidad civil, denominada indemnizatoria, cumpliría una prevención general, frente a todos los particulares, y ello ocurre aunque la sanción que recaiga sobre el responsable quede en manos del perjudicado y no se actúe de oficio. En todo caso, en el propio Derecho Penal, por distintos motivos, existen no pocas conductas constitutivas de los correspondientes tipos penales cuya persecución queda en manos de la víctima, sin que la Administración pueda actuar de oficio, y no creo que pueda negarse la función preventiva del Derecho Penal,

Además esta supuesta característica de la responsabilidad civil, que se supone que es un elemento caracterizador de su naturaleza indemnizatoria, puede terminar siendo un elemento contrario al mismo, puesto que si el objetivo es precisamente la indemnización del daño, no se entiende porqué queda sometida al principio de rogación y no se procede a la reparación como cumplimiento de ese objetivo, sino es porque precisamente y con independencia de su finalidad, lo que se protege son intereses particulares, cuya efectiva protección queda en manos de los titulares de los intereses perjudicados. En un sentido similar funcionaría el principio rogatorio con responsabilidades jurídico-privada de contenido “sancionador” lato sensu que no son indemnizatorias.<sup>312</sup>

(vi) En relación a la inexistencia, en la responsabilidad civil, de un principio de retroactividad de la ley más favorable al responsable –que también puede ser expuesto como la existencia de un principio de irretroactividad de la ley menos favorable al responsable- hemos de recordar que esta norma, propia del derecho sancionador público

---

<sup>312</sup> Así, en relación con la responsabilidad civil sancionadora, que estamos utilizando como banco de pruebas de los argumentos vertidos contra una función preventiva de la responsabilidad civil, la denominada responsabilidad por deudas del art. 367 LSC, los administradores quedan constituidos en deudores solidarios de las deudas sociales y, por tanto, su posición queda a merced, como garantes de los créditos contra la sociedad, de la voluntad de los acreedores de esta última, que en aplicación de las reglas que regulan las obligaciones solidarias, decidan primer, ejercitar su derecho, y en segundo lugar, hacerlo frente a algún miembro del órgano de administración. Queda también esta responsabilidad sometida a ese principio de rogación, puesto que el administrador a pesar de ser responsable puede no llegar a hacer frente en ningún caso a dicha responsabilidad, al no ser demandado o sencillamente porque la sociedad cumpla con sus deudas, cumplimiento que será extintivo de la obligación de la propia sociedad pero también de los administradores, que sin haber cumplido directamente sufren los efectos beneficiosos de la extinción de la deuda por el pago del deudor principal. ¿Podría decirse, por ello que esa responsabilidad no tiene efectos preventivos? No parece ser esa la postura de la doctrina, ya que la propia amenaza de tener que responder –no podemos obviar que aunque no se termine pagando, desde el mismo momento en que se reúnen los presupuestos de la responsabilidad se es ya deudor, pero incluso aunque terminara abonando la deuda, podría repetir frente a la sociedad a pesar de no haber actuado conforme a lo exigido por el ordenamiento- es instrumentalizada por el legislador para promover determinadas conductas.

persigue que el infractor sea sancionado conforme a aquella norma más favorable, entre la que existía al tiempo de la comisión de la infracción del ordenamiento, y la que se aprueba con posterioridad a ese momento y que es de posible aplicación, por coincidencia temporal al no haberse aplicado todavía la sanción en su integridad al infractor. Es cierto que la responsabilidad civil no queda sometida a estas reglas y supone la aplicación de aquella regulación existente al tiempo de la actuación causante del daño<sup>313</sup>, pero ello no implica que por ello se le prive a esta responsabilidad de una función preventiva, precisamente porque se sabe a ciencia cierta la norma aplicable cuando el sujeto causa el daño, que es la vigente en ese momento. En relación con supuestos de otras responsabilidades jurídico-privadas no indemnizatorias, se ha aceptado la irretroactividad de la norma más favorable, salvo disposición expresa<sup>314</sup>. Así y en relación con el art. 367 LSC, la retroactividad de la norma fue reconocida de manera mayoritaria por la doctrina<sup>315</sup> y la jurisprudencia<sup>316</sup>. Tratamiento que se ha reiterado con reformas normativas posteriores que atenuaban el régimen de responsabilidad<sup>317</sup> y la jurisprudencia<sup>318</sup>. Es una responsabilidad con función preventiva y aún así se ha aplicado a situaciones anteriores a su entrada en vigor o no se ha aplicado modificaciones más beneficiosas a supuestos anteriores.

También se alega, en contra de la posible función preventiva, que la responsabilidad civil no es una de las materias reservadas a Ley Orgánica., pero tampoco existe esa reserva para el derecho administrativo sancionador, ni para la regulación de la responsabilidades denominadas sanción de naturaleza civil o pena civil

---

<sup>313</sup> STS (S 1ª) 14.02.1998, niega la retroactividad de las normas reguladoras de la responsabilidad civil, en virtud del art. 3 Cc, que sólo se quiebra en supuestos puntuales y excepcionales como son las normas penales.

<sup>314</sup>

<sup>315</sup> SÁNCHEZ CALERO, F., Los administradores en las sociedades de capital...cit.

<sup>316</sup> STS (S 1ª) 21.06.13 - Id Cendoj: 28079110012013100377

<sup>317</sup> MARÍN DE LA BÁRCENA, F., [Responsabilidad de los administradores de sociedades de capital por no promoción de la disolución o el concurso \(sobre la retroactividad de la reforma de los arts. 262.5 LSA y 105.5 LSRL\)](#): STS 1ª, 9 de enero de 2006, RdS nº 26, 2006, p. 455 y ss.

<sup>318</sup> STS (S 1ª) 04.12.13 - Id Cendoj: 28079110012013100790 "Desde la Sentencia 458/2010, de 30 de junio, hemos entendido que no cabe aplicar el art. 262.5 TRLSA en su redacción posterior a la entrada en vigor de la Ley 19/2005, cuando los hechos que determinan la responsabilidad (la aparición de la causa de disolución y el incumplimiento del deber de promoverla) fueron anteriores a la entrada en vigor de la Ley (al día siguiente de su publicación en el BOE de 15 de noviembre de 2005). Como argumentamos en la sentencia 414/2013, de 21 de junio, "(l)a regla de retroactividad de las disposiciones sancionadoras favorables - que la sentencia del Tribunal Constitucional 8/1981, de 30 de marzo, declaró contenida, " a sensu contrario ", en el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Española, expresamente referido al supuesto de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables-, no es aplicable a la norma del artículo 262, apartado 5, del Texto refundido de la Ley de sociedades anónimas, tal como fue reformada por la disposición final primera de la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, por razón de que no es sancionadora, empleada la expresión en un sentido propio -que es el que utiliza el recurrente-."

prevista, entre otros preceptos del Derecho Privado (v.gr. art. 367 LSC). La función preventiva que se inserta en el Derecho Penal no es exclusiva de esta rama del Derecho, habiéndose extendido sus principios y fines al Derecho Administrativo Sancionador en el que se regulan instrumentos represivos ante la violación del ordenamiento, sin que ello haya de recogerse en sede de Ley Orgánica, como acontece con otras responsabilidades en el ámbito del Derecho Privado.

La reserva de Ley Orgánica que se determina para el Derecho Penal deriva de la especialidad de la materia, con atribución constitucional, no es por la importancia de la materia sino por la singularidad del objeto de la regulación, sin que una norma orgánica sea de jerarquía superior a la norma ordinaria, existiendo dicha atribución con materias ajenas al derecho sancionador. Pero, aún siendo, por tanto, irrelevante la caracterización de la Ley para determinar la existencia o no de una función preventiva en la responsabilidad civil, hemos de recordar que la regulación del derecho administrativo sancionador se lleva a cabo a través de leyes ordinarias, puesto que la Carta Magna no determina la reserva de Ley Orgánica a este conjunto normativo. La prevención de la conducta que se trata de evitar con la imposición de una sanción como objetivo de esta última no guarda relación alguna con la reserva de Ley Orgánica que se realice a la norma que regule aquella puesto que dicha reserva no impone por los fines que busque la norma sino por los efectos que supone su aplicación. Así la aplicación del Derecho Penal supone la limitación, la alteración del sistema de derechos fundamentales que prevé la Constitución, y en por ello se exige ese tratamiento normativo de especialidad en su regulación, mientras que otras normas, que tienen también finalidades preventivas, y sobre todo retributivas o sancionadoras, como las que se contemplan en el Derecho Administrativo, no se contempla su regulación a través de la singularidad normativa porque sus efectos, la sanción que se aplica ante las infracciones que se realicen no suponen una alteración, o limitación de los derechos fundamentales, sino la imposición de sanciones pecuniarias.

Del mismo modo, y en relación con responsabilidades jurídico-privadas y partiendo de la función preventiva que se reconoce por la doctrina<sup>319</sup>, las mismas se contienen en una

---

<sup>319</sup> ALONSO ESPINOSA, F., *La Responsabilidad Civil del Administrador de Sociedad de Capital en sus elementos configuradores...* cit., p. 14, determina que la responsabilidad del art. 262.5 LSA, D.T.3ª, nº 3 LSA, art. 105.5 LSRL y 108.2 LSRL son supuestos que no persiguen función resarcitoria sino que tienen una “función inductora o preventiva del cumplimiento de ciertas normas, correctoras de sus consecuencias a cargo del patrimonio personal del administrador y, al tiempo, sancionadoras de su

ley ordinaria. Pero incluso, en la normativa que regula sanciones expresas, de naturaleza privada, en las que el destinatario de la prestación patrimonial se concreta la sanción pecuniaria impuesta al infractor no es la Administración sino un particular, la regulación también se contiene en una ley ordinaria, como ocurre en materia de prevención de riesgos laborales (art. 123 LGSS). Es decir no sólo, la imposición de una norma con fines preventivos reside, en el Derecho Privado, en una ley ordinaria, sino que también lo hacen las normas con fines claramente retributivos o sancionadores, en los que la norma persigue más el castigo sobre el infractor que prevenir futuras conductas similares. Si ello ya es suficiente para negar nexo alguno entre la regulación por Ley Orgánica y la función preventiva del Derecho, la regulación del Derecho Público Sancionador, que se rige por principios claramente similares al Derecho Penal, y castiga a quien comete una infracción con penas extrañas totalmente al perjudicado por esas infracciones, por una ley ordinaria, nos lleva a afirmar sin atisbos de duda la ajeneidad del singular tratamiento normativo con la función que pudiera cumplir la norma en concreto.

(vii) La que quizás sea la más relevante de las objeciones a la función preventiva de la responsabilidad por daños, se basa en la afirmación del que el derecho a la presunción de inocencia no es aplicable a la responsabilidad civil. Es completamente cierto que la responsabilidad indemnizatoria no se rige por este principio constitucional y así lo han reconocido de manera unánime las resoluciones del Tribunal Constitucional con el fin de evitar la exigencia de pruebas diabólicas en la prueba de la culpa como elemento configurador de la responsabilidad civil, frente a la práctica habitual de nuestra jurisprudencia que viene presumiendo culpable al causante del daño, invirtiéndole la carga de la prueba sobre este requisito.

En el ámbito de la responsabilidad sancionadora, ya sea esta penal o administrativa, la presunción de inocencia rige como principio inmutable y transcendental en la imposición de las correspondientes sanciones<sup>320</sup>. Sin prueba de cargo de la culpabilidad no es posible condenar como culpable al sujeto. Con ello se pretende arbitrar los mecanismos de defensa del individuo al que se le imputa la comisión de una infracción, y hace cargar a quién acusa con la carga procesal de probar

---

infracción”.

<sup>320</sup> MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General...*cit., NIETO, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, Madrid 2005, 4ª ed.



la existencia de todos los elementos del tipo. Así es en el Derecho Administrativo y el Derecho Penal, y no cabe duda de que así debe ser, puesto que se está reprochando la conducta del sujeto, y por ello ha de acreditarse que dicha conducta existe. Ello no ocurre en el ámbito de la responsabilidad civil, en cuanto que la indemnización no deviene como castigo al responsable, y por ello es factible invertir esa carga de la prueba, o incluso eliminar la culpabilidad como requisito de la propia responsabilidad para determinar la condena del causante del daño. Por ello, no podemos negar que esta característica sí es propia del Derecho Sancionador, pero no es por ello propia de todas las “sanciones” normativas que persiguen no fines retributivos sino preventivos, es decir, pretenden a través de la correspondiente consecuencia jurídica, que evite la realización de la concreta conducta, cuyo incumplimiento acarrea una sanción, sin fines retributivos pero sí con fines preventivos. Esto es precisamente lo que ocurre con las normas que recogen sanciones civiles, para los supuestos en los que se incumple con determinadas conductas exigidas a los responsables (v.gr. art. 367 LSC)<sup>321</sup>.

Es cierto que todas las características reflejadas son propias del Derecho Penal, pero no lo son de todo el Derecho Sancionador, como acontece con el Derecho Administrativo, a pesar de que en ambos sectores normativos existe esa función preventivo-punitiva<sup>322</sup>. Por ello, no nos parece adecuado establecer cuales sean las funciones de la responsabilidad civil en base a su contraste con las normas penales, puesto que ni siquiera todos los elementos referidos, característicos del Derecho Penal se cumplen en todo el derecho sancionador jurídico-público. Pero aún dejando constancia de que Derecho Penal y Derecho Administrativo Sancionador se rigen, fundamentalmente, por los mismos principios, debemos afirmar que ello no ocurre

---

<sup>321</sup> En este sentido, aunque existe alguna posición que se ha manifestado afirmando, inicialmente, que se trataba de una responsabilidad objetiva <sup>321</sup> QUIJANO GONZÁLEZ, J., “Responsabilidad de los administradores por no disolución de la sociedad: Art. 262.5 TRLSA (SAP Burgos 24 julio 1995), *RdS* nº 5, 1995, p.. 268 y ss, se entiende que estamos ante una sanción, al menos “lato sensu” como respuesta normativa ante una infracción de un deber, Ver por todos BELTRÁN, E.M., “La responsabilidad de los administradores por las deudas sociales”, en VVAA., *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, Rojo, A. y Beltrán, E., (dir.), Valencia, 2014, 5ª ed., p.s 227 a 288

<sup>322</sup> PANTALEÓN, F., “Como repensar la responsabilidad civil extracontractual...cit., p. 1 afirma que de esta finalidad punitivo-preventiva, que reconoce en Código Penal, pero que puede también afirmarse, “en lo esencial” de las normas del Derecho Administrativo Sancionador que es “castigar para prevenir la repetición de la conducta delictiva por la misma o por otra persona”. No es esta la postura seguida por la doctrina penalista que si bien atribuye al Derecho Penal el cumplimiento de esas obligaciones no sitúa al castigo como medio para la obtención de la prevención, sino que a ambos los coloca es situación de paridad para obtener una fin distinto como es la protección de los bienes jurídicos, por todos MIR PUIG MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General...*cit., p. 73 y ss.

siempre así, con aquellas normas existentes en el ámbito del Derecho Privado, que tienen una evidente finalidad preventiva.

Así, para la infracción se viene exigiendo la culpa, aunque ésta se pueda presumir y se carga con la prueba al responsable de probar que no existió un incumplimiento imputable. Además la entidad de la responsabilidad sanción, en el ámbito jurídico privado, no está en función del daño, pero tampoco en función de la gravedad de la conducta del responsable, porque existe una valoración negativa de la misma desde que se produce el incumplimiento, recayendo en ese momento todo el poder afflictivo de la sanción. Y ésta se determina bajo parámetros ajenos al daño y a la gravedad de la actuación conductual, acogiéndose de manera habitual a criterios objetivos, como el importe de determinadas deudas de terceros. Por otro lado, las responsabilidades civiles de naturaleza sancionatoria no son personalísimas, es decir, cabe que se transmitan a los herederos del responsable, o bien que se produzca una sucesión universal. Pero también cabría una transmisión intervivos voluntaria, siempre claro está bajo el régimen jurídico de la transmisión de deudas. A todo ello se añade, la asegurabilidad de las referidas responsabilidades cuya finalidad no es óbice para que pueda cubrirse por un seguro transmitiendo sobre la entidad aseguradora las consecuencias derivadas del riesgo asegurable, esto es transmitiendo a aquella la obligación de cumplir con la sanción civil impuesta. Y todo ello, se da en responsabilidades que persiguen finalidades preventivas, que funcionan con total independencia de la existencia de daños y perjuicios en el acreedor de los responsables, y que se mantiene al margen cualquier fin punitivo, en cuanto que el propio responsable puede reclamar a su vez sobre el deudor principal, solventando, a pesar del incumplimiento normativo realizado, su responsabilidad, dado que su derecho de repetición frente al deudor originario, si éste es solvente, le permite salvar de facto su responsabilidad, lo mismo que ocurriría si la obligación la paga directamente ese deudor principal. Por ello, negamos que la ausencia en la responsabilidad civil de los principios propios del Derecho Penal sirven de justificación para negar una finalidad propia, en principio, de esta parte del ordenamiento, porque existen normas que no indemnizan, sino que vienen a impulsar la realización de determinadas conductas, respondiendo a finalidades preventivas, y que también carecen de características estructurales propias del Derecho Penal o del Derecho Administrativo Sancionador.

Cuando nos referimos a una función preventiva de la responsabilidad civil lo estamos haciendo como un impulso psicológico al destinatario de la norma, o como una amenaza, que sin duda produce<sup>323</sup>, en cuanto que la posibilidad de tener que satisfacer una deuda como consecuencia de una determinada actuación será tomada en cuenta por el sujeto, aunque ello no se produzca de manera inexorable. Es cierto que es posible que a un sujeto, bajo unos parámetros de responsabilidad social y moral nulos o inexistentes no le prevenga a realizar conductas claramente delictivas, incluso con serio peligro para su vida o su integridad física, y que si ello no le previene pero lo hará la posibilidad de tener que pagar una indemnización a la víctima por los daños que ese sujeto ha realizado<sup>324</sup>, sin embargo, no por ello se discute la función preventiva de la pena, al menos la función preventiva general. Si uno puede verse privado de libertad, o puede tener que satisfacer una sanción ante la comisión de una determinada conducta es evidente que se produce un efecto psicológico porque el sistema jurídico está dotado, o debe estar dotado, de los medios adecuados para hacer recaer sobre el individuo el poder coactivo del Estado y llevar a cabo la ejecución de la pena, al menos la privativa de libertad, y esa posibilidad, sin género de dudas, previene de manera general al resto de sujetos para que se abstengan de realizar conductas no deseadas.

El que existan sujetos que actúan al margen del ordenamiento, con auténtico desprecio hacia sus postulados e incluso al margen de su propia seguridad, no priva ni un ápice de sentido a la imposición de la pena, puesto que sigue siendo la representación del poder de la sociedad contra las conductas indeseables, y con ello la imagen del reproche que se hará recaer contra cualquiera que lleve a cabo. La función preventiva forma parte del sistema del Derecho Sancionador, y por ello lo condiciona, ya sea aquel en su orden penal, administrativo o incluso en el civil, en el que si bien no se aplican principios propios del Derecho Sancionador Público sí existen normas que incentivan conductas deseadas con claros fines preventivos o disuasorios de las no deseadas. No se puede negar su existencia porque existan conductas que no se vean condicionadas por la existencia de estas normas, ante las cuales no muestran atención alguna. El incumplimiento de unas normas es precisamente la ratificación de ellas, porque de lo contrario sólo se puede incumplir aquello a lo que se estaba obligado. Al

---

<sup>323</sup> Así se reconoce por la doctrina más reacia a reconocer la referida función preventiva de la responsabilidad civil, como PANTALEÓN, F., “Como repensar la responsabilidad civil extracontractual...cit., p. 6.

<sup>324</sup> PANTALEÓN, F., “Como repensar la responsabilidad civil extracontractual...cit., p.6

soslayar el mandato normativo se obvian sus finalidades y se incurre en la correspondiente infracción que se prevé precisamente cuando la conducta no se ajusta a ese mandato.

Se ha planteado sobre esta posible función de la responsabilidad civil si “¿De verdad el pago de la indemnización sirve para prevenir un suceso lesivo que ha ya tenido lugar?; si en términos de prevención general (al estilo de la sanción penal) ¿realmente sirve de algo una indemnización cuyo importe no se gradúa con arreglo a la gravedad de la conducta dañosa sino del daño mismo, cuya obligación es transmisible a terceros (ya por vía sucesoria, ya en virtud del extendido seguro de responsabilidad civil)?; Si de verdad queremos sancionar al dañador, ¿no deberíamos prohibir el seguro de responsabilidad civil?; Dicho con otras palabras ¿no resulta evidente que la responsabilidad civil previene muy mal y castiga peor?”<sup>325</sup>. Si bien se acepta que todos estos argumentos sirven “más combatir la pretendida finalidad punitiva (o sea, para demostrar que la responsabilidad civil no es responsabilidad penal), que para negar la función preventiva”<sup>326</sup>, “de manera que si se separa el principio de prevención de la idea de castigo, pierden parte de su vigor”. No obstante, se acepta que la mayoría de estos argumentos sirven más bien para combatir posibles finalidades retributivas que para negar la prevención, pero se termina añadiendo que si de lo que se trata es de prevenir sería mejor hacerlo antes de que se produzca el daño, a esperar que se produzca para actuar con el mecanismo indemnizatorio.

A pesar de los argumentos citados, entendemos que es posible mantener la prevención como parte integrante de la estructura normativa de la responsabilidad por daños, ya que ésta previene para los daños que no han tenido lugar, como un incentivo a no causarlos, por los efectos que sobre los posibles “causantes” genera la potencial condena indemnizatoria.

En definitiva, no se transmite la responsabilidad sino la obligación indemnizatoria, que ha devenido de haber adquirido la condición de responsable. Sólo se debe indemnizar si hay imputación del daño. Al ser una deuda de carácter patrimonial, no personalísima, es transmisible y asegurable, salvo disposición específica

---

<sup>325</sup> LLAMAS POMBO, E., “Prevención y reparación, las dos caras del derecho de daños...cit., p. 460 y también en LLAMAS POMBO, E., “Editorial: De nuevo sobre la función de la responsabilidad civil”, en PDD, núm. 29, julio-agosto 2005, p. 3 y ss.,

<sup>326</sup> SALVADOR CODERCH y CASTIÑEIRA PALOU, M.T., *Prevenir y castigar...*cit., p. 117 y ss.

de la Ley. El seguro puede ser un instrumento extremadamente eficaz de control de los riesgos y además asegura la prestación indemnizatoria derivada de la imputación del daño. Y por último, la responsabilidad civil no castiga, no busca la punición del responsable, no protege, ante su imposición, intereses generales, sino que se trata de un sustituto del cumplimiento. Ante la causación del daño, compensa por ello pero motiva a los “causantes” a evitar los daños para no tener que asumir la indemnización de la víctima. Por ello, también se puede defender la tutela inhibitoria, sin que ello implique no reconocer la instrumentalización de la prevención al servicio de la tutela de determinados intereses, que se consigue con la restitución<sup>327</sup>. La tutela inhibitoria tiene unos claros fines y unos instrumentos y ello, con el carácter ex ante de que goza la institución no priva de los efectos de protección a la responsabilidad civil que provoca también con anterioridad a la conducta lesiva. De hecho, sin enmarcarse en la tutela inhibitoria y sí en la resarcitoria, las posiciones de garante implican una identificación con los elementos de aquellas, aunque el garante responde sólo si hay daño y lo hace en términos indemnizatorios<sup>328</sup>. La posición del garante es similar en la situación ex ante a la tutela inhibitoria, ante las facultades que el reconocimiento legal del rol le otorga, pero añade la responsabilidad indemnizatoria si finalmente el daño acontece. No creo que se pueda negar, dogmáticamente, que el mandato dirigido al garante es un mecanismo para evitar el daño, y de ahí, del incumplimiento de la norma imperativa, se le hace responsable del daño que se genere. La cuestión no es qué efectos produce la norma en quién la incumple sino qué efectos se han producido por la norma que han motivado el cumplimiento, es decir de qué entidad es el cumplimiento producido por esa norma. Los efectos es justamente lo que la norma persigue, la finalidad para la que se utiliza, el fin de su existencia, y con ello la justificación de la consecuencia jurídica que se impone a quién incurre en la correspondiente responsabilidad y por ello, toda consecuencia jurídica conlleva un efecto preventivo generador hacia los sujetos que son susceptibles de incurrir en responsabilidad, porque sólo sobre ellos tiene sentido

---

<sup>327</sup> En sentido contrario LLAMAS POMBO, E., “La tutela inhibitoria del daño (la otra manifestación del Derecho de Daños)”, en Homenaje a Díez Picazo, Madrid 2002, p. 2211 al afirmar que el Derecho de daños se asentaría sobre dos pilares: a) La tutela inhibitoria, como prevención; b) la tutela resarcitoria, como reparación.

<sup>328</sup> LLAMAS POMBO, E., “La tutela inhibitoria del daño (la otra manifestación del Derecho de Daños)...cit., p. 2223 y ss. establece que la tutela inhibitoria no se dirige a la reparación sino a impedir que el daño se genere, lo que evita problemas de imputación, sin que sea necesario el daño efectivo aunque si se requiere para la tutela que existan: la existencia de un daño amenazante; un comportamiento antijurídico, que legitime la restricción de la libertad del demandado en protección del interés del demandante; la relación de causalidad entre ambos elementos; y la posibilidad material de evitar el daño.

prevenir aquello no deseado por el ordenamiento. En ningún caso, se puede pretender prevenir sobre quién no realiza una determinada conducta que actúe de una determinada manera o de lo contrario incurrirá en responsabilidad, consista ésta en una pena, o en indemnizar los daños y perjuicios. Y no se pretende porque las normas, aunque tienen un ámbito general de aplicación, van dirigidas a quienes precisamente pueden llevar a cabo el presupuesto normativo cuya realización conlleva la correspondiente consecuencia jurídica, y por lo tanto a quienes pueden evitar el efecto indeseable que la norma prescribe salvar.

## *2. La función preventiva como parte integrante de la estructura normativa de la Responsabilidad Civil.*

Partiendo de la existencia de una prevención de facto nos queda por determinar si la prevención es o no una función normativa de la responsabilidad civil, o al menos si debiera serlo, y por lo tanto esta última debiera regularse con un objetivo de prevención de la conducta dañosa<sup>329</sup>.

Bien es cierto que la consecuencia jurídica que la normativa reguladora de la responsabilidad civil prevé es la de indemnizar los daños y perjuicios causados pero no parece suficiente argumento para que esa finalidad sea su elemento determinante, porque en el Derecho Penal la responsabilidad puede concretarse en la privación de la libertad, entre otras penas, pero no por ello se puede afirmar que la finalidad de este sector normativo sea meter al condenado en la cárcel o sea que cumpla la pena. En la responsabilidad civil la indemnización es la consecuencia pero no tiene porque ser el fin exclusivo de la norma<sup>330</sup>. El que no se gradúe la indemnización conforme a la mayor necesidad de prevención, ni a la mayor peligrosidad de la conducta dañosa, ni a la situación económica del autor, ni a la mayor o menor probabilidad de que se evite la sanción indemnizatoria, ni que estas características sean criterios de imputación

---

<sup>329</sup> Para PANTALEÓN, F., “Comentarios al artículo 1902 Cc.”, en VVAA., *Comentario del Código Civil*, Madrid 1991, tomo II, p.1971 “la amenaza de tener que indemnizar puede, en algunos casos, influir en la conducta de los sujetos, induciéndoles a actuar de forma cuidadosa; pero la función normativa de la responsabilidad extracontractual en nuestro Derecho no es preventivo-punitiva sino compensatoria o resarcitoria”.

<sup>330</sup> Para DESDENTADO BONETE, A., “Reflexiones sobre los accidentes de trabajo...cit., p. 2, “La responsabilidad como institución jurídica es la que permite establecer el nexo entre reparación y prevención, mediante la internalización del coste de los accidentes”.

objetiva<sup>331</sup>, no quiere decir que sólo se persiga una función compensatoria. Estos criterios no son la antítesis de la referida función preventiva y no lo son porque todos ellos se dan en responsabilidades cuya función principal es precisamente la prevención.

Queremos reiterar que no estamos negando los efectos indemnizatorios en la responsabilidad civil, y que esta consecuencia sea la deseable y la que sostiene la institución, sino que se puede aplicar si sólo se persigue un objetivo resarcitorio, porque la “sanción” en que se concreta esta responsabilidad tiene que responder a otras finalidades que las meramente compensatorias del daño, lo que hacen o pueden hacer otros instrumentos alternativos de mejor manera y con menores costes, al menos de gestión. Si la responsabilidad no sólo indemniza, o no sólo debe indemnizar (esto sólo nos lo indica la “pena” pero no el resto de la estructura de la responsabilidad por daños), el criterio de la prevención debe ser tenido en cuenta porque, en términos jurídicos, el legislador protege tanto a la víctima haciendo que se repare su daño como intentando hacer que éste no acontezca<sup>332</sup>. No creemos, tampoco, que el sistema de responsabilidad indemnizatoria sea un mecanismo estrictamente preventivo porque el mismo podría lograrse sin que el perjudicado recibiese ninguna indemnización y sí lo hiciese cualquier otro sujeto<sup>333</sup> como el Estado, sino que es un mecanismo donde ambas finalidades, la indemnizatoria y la preventiva responden a una concreta política legislativa y a la que en determinados sectores se le añade la función de distribución de los costes de los accidentes, bajo parámetros de justicia distributiva<sup>334</sup>. Según nuestro criterio, las dos funciones tienen que ser plenamente compatibles, y para ello se tienen que utilizar o generar los recursos necesarios para obtener una adecuada aplicación de la institución,

---

<sup>331</sup> De nuevo PANTALEÓN, F., “Como repensar la responsabilidad civil extracontractual...cit., p.8 afirma que las características de la responsabilidad civil en nuestro ordenamiento no corresponden a una función preventiva, y argumenta con las razones referidas.

<sup>332</sup> SALVADOR CODERCH, P. y GÓMEZ LIGÜERRE, C., “El derecho de daños y la minimización de los costes de los accidentes”, en [www.indret.com](http://www.indret.com) febrero –2005, p. 3 afirman que “Emprende –refiriéndose al Derecho de daños, en el sentido por nosotros utilizado de responsabilidad civil- la difícil tarea de evitar o reducir las consecuencias de los accidentes por el procedimiento de imputar sus consecuencias a alguno de sus responsables”. El propio PANTALEÓN, F., “Como repensar la responsabilidad civil extracontractual...cit., p.6 afirma que “Tampoco he incurrido, al menos despierto, en la insensatez de negar que, a la hora de diseñar un sistema de responsabilidad extracontractual, el legislador de turno, una vez cumplidamente satisfechas las exigencias compensatorias de la justicia conmutativa deberá elegir entre aquél, si alguno, que resulte más adecuado para reducir la frecuencia de las conductas que someten a los demás a riesgos irrazonables de daño”.

<sup>333</sup> Estamos de acuerdo con PANTALEÓN, F., “Como repensar la responsabilidad civil extracontractual...cit., p.8 cuando afirma que es irrelevante quién sea el beneficiario de la sanción para conseguir la función preventiva.

<sup>334</sup> Por ello no creemos junto con PANTALEÓN, F., “Como repensar la responsabilidad civil extracontractual...cit., p.7 que en pos de la prevención deba sacrificarse la exigencia compensatoria. Ambas son y deben seguir siendo perfectamente compatibles.

con el fin de evitar los daños, porque ese sería la mejor compensación, ya que con un daño inexistente no habrá nunca ni infracompensación ni sobrecompensación.

Mientras que los daños sigan existiendo la función compensatoria ha de cumplirse con la “sanción”, si bien siempre que la misma sea compatible precisamente con una finalidad más sustantiva en la que la prevención general también tenga cabida como parte del sistema<sup>335</sup>, o de lo contrario todo él perderá su sentido de ser. Si excluimos la función preventiva, la responsabilidad civil sólo puede servir como un sistema de compensación de perjudicados pero no puede darnos pautas para decidir quién y porqué ha de compensar. Para contestar a estas preguntas, la prevención sí permite una respuesta al indicarnos que si la responsabilidad civil previene algo, es justamente el daño. Por lo tanto, si hay prevención, sólo habrá de responder aquel sujeto que se encuentra en una situación que podría haber evitado, es decir, aquél al que se le imputa el daño porque lo causó, o porque debiendo actuar para que el mismo no se realizará no cumplió con el deber exigido. Si entendemos que la función preventiva es propia de esta institución estamos eliminando pautas arbitrarias de imputación como el azar, la decisión caprichosa del legislador o de los tribunales. Sólo puede ser responsable aquel que lesionó intencionadamente el daño, aquel que generó el riesgo lesivo o aquél que estaba en posición de garante del interés lesionado y debió haber evitado el curso lesivo ajeno interviniendo en su interrupción. Con ello, se evita que sea la víctima la que soporte el daño, bien incentivando conductas para evitarlo, bien compensándolo, mientras que el responsable del daño, que causó o no evitó su producción debe asumirlo porque el mismo se ha generado en el ámbito de su actuación y por lo tanto en el marco previsible de sus resultados, lo que le obliga a compensar y, en su caso, a distribuir esos costes entre los beneficiados por su actividad. Teniendo en cuenta que el daño sufrido por el responsable no es un daño tutelado por la responsabilidad civil y por ello, queda al margen de su régimen. En ese efecto lesivo, el que sufre el responsable al indemnizar, las funciones distributivas pueden ser esenciales, pero eso es irrelevante para la responsabilidad civil. El daño que sufre el causante al

---

<sup>335</sup> MARTÍN REBOLLO, L., “Fundamento y función de la responsabilidad del Estado: situación actual y perspectivas...cit., p. 559, afirma como en su opinión “la responsabilidad es garantía, pero también control. Es ambas cosas...creo que la responsabilidad es también un principio de orden, un mecanismo de prevención de la actividad futura y un instrumento más de control del Poder...la responsabilidad juega también un papel pedagógico...Esa función propedéutica tiene aplicación en uno de los supuestos de imputación de la responsabilidad, el más importante, el del funcionamiento anormal de la Administración...supone que la Administración aprenda cómo debe actuar en el futuro para evitar ser condenada. Para poder prevenir.”



abonar el daño es daño no antijurídico y, por ello, sin trascendencia normativa, aunque sufra un perjuicio al indemnizar<sup>336</sup>. Pero lo relevante es que ese menoscabo no sólo carece de la antijuridicidad sino que es deseado por el Derecho, como también lo es cuando se cumple una obligación contractual, cuando se incurre en costes al evitar el daño o cuando se satisface cualquier obligación legalmente exigible. En todos estos casos, efectivamente el responsable sufre un daño pero éste se deriva de la aplicación del Derecho, es conforme a Derecho. Debe sufrir un detrimento, en satisfacción del ordenamiento y por tanto su daño sólo debe ser considerado de lícito. Por el contrario, el daño de la víctima, sino existía justificación para la lesividad, es configurado como indeseable para el Derecho, en disconformidad con el Derecho.

Si negamos cualquier función preventiva, es decir que la responsabilidad civil no persigue otro objetivo que indemnizar a los perjudicados, dará exactamente igual quién sea el que termine soportando la carga, porque lo relevante es que el perjudicado sea indemnizado, y ahí ya sería irrelevante que pague el culpable, el causante o el generador del riesgo, o el titular de la actividad donde se genere el daño, trasladándonos de la responsabilidad civil a mecanismos puros de justicia distributiva ajenos completamente al círculo causal del daño. Sin embargo, no se puede negar que es de pura justicia conmutativa que el daño lo soporte quién causa el daño y no quién es ajeno al mismo<sup>337</sup> porque si no sería irrelevante para la consecución de una función indemnizatoria quién fuese el obligado a satisfacer la indemnización, sin que tampoco estemos afirmando que la finalidad de la responsabilidad por daños sea sólo prevenir<sup>338</sup>.

Hemos anticipado que en las responsabilidades civiles de naturaleza sancionatoria un tercero, normalmente acreedor, es el beneficiario de la sanción

---

<sup>336</sup> DÍEZ PICAZO, L., *Derecho de Daños...*cit., p. 193 afirma que “el que resarce un daño, sufre un daño por este sólo hecho”.

<sup>337</sup> Así PANTALEÓN, F., “Como repensar la responsabilidad civil extracontractual...”cit., p.6 afirma que “lo único conmutativamente justo es que sea precisamente el culpable de haber causado (o el creador del riesgo permitido pero extraordinario de causar) un daño a otro el que deba compensarle, cabalmente por haberle dañado así (no porque su conducta haya sido más o menos reprochable o ineficiente) y en la medida en que le haya dañado.

<sup>338</sup> En sentido contrario HOYA COROMINA, J., “Hacia una visión integradora de la responsabilidad civil. Las reformas administrativas en la circulación vial. Un primer paso hacia el cambio”, en *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Moreno Martínez, J.A. (coord.), Madrid 2007, p. 425 aboga porque “en la actualidad la cuestión es otra, ya no es el resarcimiento de un daño, ni el concepto de inevitabilidad del mismo, sino que el objeto de la cuestión en impedir que el daño se materialice y se produzca, y no en resarcir este, pues patente que el resarcimiento no podrá ya ser íntegro, hecho este asumido con carácter general, los fines que han de perseguirse es en la evitación del daños...”motivan un evidente replanteamiento de la responsabilidad civil como medio directo para evitar la producción de los daños en el ánimo de actuar en relación con las causas y no con los efectos”.

impuesta a quién incumple la norma, aunque no se indemnice daño alguno, y no por ello se niega la prevención, porque el pago lo soporta a quién realiza la conducta no deseada. Por ello, determinar quién sea el destinatario de la prestación del responsable tendrá efectos de protección de los intereses de ese sujeto, ya sea porque se le abone una indemnización de daños y perjuicios o bien porque se le abone un crédito del que es titular, produciéndose para unos efectos sino puramente indemnizatorios o de garantía, respectivamente. Las finalidades preventivas no se han de observar desde el punto de vista del perjudicado, porque sería mucho más eficiente contratar seguros de personas o de daños a las cosas, en lugar de establecer un sistema de responsabilidad civil<sup>339</sup>, sino desde los efectos que se produce sobre aquél que tiene que hacerse cargo de la indemnización. A este le es indiferente quién sea el destinatario de su prestación lo importante es que tenga que llevarla a cabo, sin importar si ha de abonar al perjudicado, a un acreedor de quién él garantiza la deuda, o al propio Estado la prestación que se le exige. Lo importante es porqué tiene que soportar una obligación que no ha adquirido voluntariamente, y posiblemente sin contraprestación alguna. Y esto ocurre tanto en responsabilidades civiles de naturaleza indemnizatoria como de naturaleza sancionatoria. El responsable lo es porque existe alguna razón que justifica la imposición de esa obligación, bien porque existe algún factor de imputación o bien porque ha incumplido un determinado deber y en esa razón, que justifica la obligación del responsable es donde se encuentra la prevención, puesto que para evitar la responsabilidad sólo debe evitar incurrir en el factor de imputación o en el incumplimiento del correspondiente deber. Por ello, no puede aceptarse una negativa a la función preventiva mientras que simultáneamente se requiere de una buena razón para determinar la responsabilidad de un sujeto, es decir que se exija la existencia de un criterio de imputación subjetiva para no dejar el daño allí donde se produjo<sup>340</sup>, porque esas buenas razones son precisamente las justificaciones del ordenamiento para trasladar las consecuencias del daño desde la víctima hacia el responsable<sup>341</sup>, y ello se lleva cabo con un fin de tutela de los intereses cuya lesión es susceptible de generar responsabilidad. Ante la causación del efecto

---

<sup>339</sup> SALVADOR CODERCH, P. y GÓMEZ LIGÜERRE, C., “El derecho de daños...cit., p. 19 recogen como “Por cada cien céntimos de euro invertidos en una reclamación judicial de responsabilidad civil que acaba en condena del demandado, sólo la mitad llega a manos del actor. Los costes de gestión de una entidad aseguradora son mucho más reducidos, menos del 10% de la indemnización pagada a las víctimas”.

<sup>340</sup> PANTALEÓN, F., “Como repensar la responsabilidad civil extracontractual...cit., p.10.

<sup>341</sup> Obviando a la prevención como función normativa de la responsabilidad civil pero exigir una buena razón para imputar el daño a un sujeto, se está sacando por la puerta de la finalidad de la responsabilidad civil lo que termina entrando por la ventana.

lesivo, se hace responsable a quienes se entiende adecuado que soporte los efectos negativos del daño que se ha producido en su entorno, no porque sean los mejores para satisfacer el interés del perjudicado, sino porque tienen algún tipo incidencia sobre la actividad donde se ha generado el daño, y eso responde a funciones preventivas. Importa reparar el daño, pero es más relevante evitarlo<sup>342</sup>, y esa es la buena razón que se exige para imputar el daño a un sujeto.

La función preventiva se cumple por el Derecho Sancionador pero también se satisface a través de instituciones del Derecho Privado, como la responsabilidad civil, sea ésta de naturaleza también sancionatoria, lato sensu, o bien indemnizatoria, que no resultan incompatibles, si aquella actúa sobre el responsable cuando sea adecuado hacerle soportar la consecuencia jurídica por haberse producido el daño en determinadas circunstancias. Esto es lo que con especial justificación, se realiza cuando se establecen los criterios de imputación subjetiva, es decir, cuando decide en que supuestos se declara la responsabilidad civil de un sujeto y en cuáles el daño lo terminará soportando la víctima, porque de lo contrario si el responsable queda inmune no habrá razones para modificar las condiciones que causaron el daño<sup>343</sup>.

Es indudable que la responsabilidad civil tiene una función indemnizatoria, aunque esta función pueda ser mejor cumplida a través de otros mecanismos como los seguros privados o los sistemas de protección social<sup>344</sup>, pero ello no puede implicar que se le prive de otros fines precisamente cuando los mismos permiten mejorar la posición de los posibles perjudicados, como es evitar que exista el propio perjuicio. La justicia conmutativa no se ve privada de eficacia con la búsqueda de fines preventivos, sino todo lo contrario porque sólo se indemniza cuando hay daño, y se indemniza todo el daño objetivamente imputable, siempre que exista una buena razón para ello, y en ello radica la justicia conmutativa, haciendo responder, a un sujeto, porque ha incurrido en el supuesto previsto que justifica el traslado de los efectos del daño desde la víctima al responsable, precisamente porque es justo.

---

<sup>342</sup> Como dicen SALVADOR CODERCH, P. y GÓMEZ LIGÜERRE, C., “El derecho de daños...cit., p. 6 “el accidente que nunca ocurrió es el más fácil de compensar”.

<sup>343</sup> DÍEZ SÁNCHEZ, J.J., “Las acciones de regreso contra autoridades y funcionarios públicos...cit., p. 214, destaca en relación con la responsabilidad civil de los funcionarios como “si el sistema protege al ciudadano pero deja inmune al funcionario culpable, se perpetúan las condiciones que dieron origen a la responsabilidad” aunque opina que no cree que el regreso consiga eludir más conductas reprobables que la amenaza de un expediente disciplinario.

<sup>344</sup> SALVADOR CODERCH, P. y GÓMEZ LIGÜERRE, C., “El derecho de daños...cit., p. 6

Al establecerse los criterios de imputación subjetiva de la responsabilidad civil, como razones que justifican la transmisión de los efectos del daño, se están estableciendo cuáles son las pautas del deber ser en la actuación de los posibles responsables para evitar su responsabilidad. Lo que no se produce en función de la causación del daño sino en el deber de evitar incurrir en alguna de las buenas razones, es decir, en evitar que se produzca alguno de los criterios de imputación establecidos para que nazca la responsabilidad civil. La prevención no es sólo un efecto de la indemnización<sup>345</sup>, sino la justificación de la imputación del daño<sup>346</sup>, siendo uno de los instrumentos de la razón de ser de todo el sistema<sup>347</sup> compensatorio y sobre todo una herramienta del legislador para obtener el status quo deseado. A través de la responsabilidad civil, así estructurada se permite cumplir con la justicia conmutativa al determinarse sobre quién recae el deber de soportar el daño, lo cuál se hace a través de las diversas razones que determinan la imputación de la responsabilidad<sup>348</sup>.

El reconocimiento de esta función requiere de alguna matización. La función preventiva está inserta en la estructura normativa de la responsabilidad por daños y justifica, en su caso, la deuda indemnizatoria. Esa prevención implica un mecanismo protector de unos intereses que pretende evitar conductas lesivas. Lo que no quiere decir que la responsabilidad civil indemnizatoria, como sí acontece con las responsabilidad

---

<sup>345</sup> Que lo es puesto que los sujetos actuarán de manera diferente si tienen que responder de sus actos a como lo harían si ello no fuese así SALVADOR CODERCH, P. y GÓMEZ LIGÜERRE, C., “El derecho de daños...cit., p. 14.

<sup>346</sup> SALVADOR CODERCH, P. y GÓMEZ LIGÜERRE, C., “El derecho de daños...cit., p. 14 consideran que es un instrumento de la sociedad para reducir los costes de los accidentes el establecer “una regla según la cual los causantes potenciales de daños habrán de asumir los costes sociales de los accidentes que les sean imputables”.

<sup>347</sup> PANTALEÓN, F., “Como repensar la responsabilidad civil extracontractual...cit., p.11, a pesar de negar la función preventiva afirma que “el Derecho obliga al civilmente responsable...a indemnizar al perjudicado por la sencilla razón de que, considerando la cuestión como un conflicto interindividual de intereses (no como un problema de Ingeniería Social), eso es lo que se acomoda a común sentido de los justo y lo decente: a lo que haría una persona justa y decente, aunque el Derecho no le obligara”. Evidentemente si siguiendo los parámetros de actuación de ese deseable individuo justo y decente se determina trasladar los efectos del daño al responsable es porque el sujeto habría podido evitar el daño y en su decencia y justicia si no lo hizo es lo que justificará que acepte hacerse cargo de la indemnización del daño, porque de lo contrario, si su actuación es irreprochable, es decir, si no pudo evitar el daño de ninguna manera, no habrá razón alguna para que fuese indecente o injusto no hacerle cargar con esa indemnización. Entonces, ¿por qué actuaría controlando la fuente de riesgo?, evidentemente porque de lo contrario tendría que aceptar, en su decencia y justicia, indemnizar el daño, aunque el derecho no lo obligase. ¿No hay una clara función preventiva?.

<sup>348</sup> DESDENTADO BONETE, A., “Reflexiones sobre los accidentes de trabajo...cit., p. 7 afirma en relación con los accidentes de trabajo que “Aunque el riesgo es bilateral, el sistema de responsabilidad se ha centrado en el empresario por varias razones fundamentales: 1ª) porque el empresario tiene un nivel más completo de conocimiento y un mayor poder de decisión sobre la configuración de los riesgos en el ámbito de la empresa y 2ª) porque su posición de poder en el contrato de trabajo le permite actuar sobre la conducta ante el riesgo del trabajador o incluso sustituir las decisiones de éste”.

civiles de índole “sancionador” lato sensu, sólo persigan evitar determinadas conductas. Lo relevante es que esta finalidad preventiva es instrumental del aparato protector de intereses que implica la responsabilidad por daño.

Así, en un análisis sistemático de todo el sistema de responsabilidad civil, donde es factible hacerles responsables a los menores o incapacitados causante de daños mediante sus conductas, a pesar de su condición de inimputables (conocimiento de la antijuridicidad, reprochabilidad y exigencia de una conducta tendente a evitar el daño por ellos causados), tal y como acontece en nuestro ordenamiento<sup>349</sup>, y, ello, porque la responsabilidad civil no pretende guiar, en todo caso, y como único propósito, las conductas de los sujetos, motivarles en un determinado sentido, más allá del cumplimiento de los propósitos tuitivos de intereses que despliega el ordenamiento. Por ello, la responsabilidad civil no es una sanción, consecuencia de una conducta antijurídica “sino una forma de restablecer una situación económica anterior”<sup>350</sup>

El hecho de que la indemnización pueda depender de un factor incierto como el azar para que el riesgo termine convirtiéndose en lesión no justifica negar la función preventiva<sup>351</sup>. Es decir, la prevención se produce sobre las conductas de aquellos que generan riesgos lesivos, generando incentivos para evitar que aquellos se terminen produciendo, con independencia de que finalmente el daño pueda no producirse. Si negamos la función preventiva a la responsabilidad civil porque el resultado lesivo depende de la buena o mala suerte y, en consecuencia, con ello el posible responsable que realiza una actividad lesiva sólo responde si por azar o, mejor dicho, si el riesgo, termina en lesión, no tendremos más remedio que negar también la función preventiva a todos aquellos supuestos tipificados de delitos imprudentes en los que para la comisión del tipo se requiera la imputación de un resultado, sin que quepa incurrir en la comisión si este último no se produce. En estos supuestos la imputación o no del delito también depende del azar y la conducta lesiva sólo es considerada delito si el efecto lesivo acontece. Conviene recordar que las formas imperfectas de ejecución son impunes, en nuestro ordenamiento o en el Derecho Alemán, en los delitos de resultado

---

<sup>349</sup> YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual*, Madrid 2001

<sup>350</sup> MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General...*cit., p. 431 y ss.

<sup>351</sup> En contra PANTALEÓN, F., “Como repensar la responsabilidad civil extracontractual..cit, p. 6 y ss.. para quien la prevención no puede existir cuando la obligación indemnizatoria depende del azar o de la suerte del causante, ya que si el daño no acontece no tiene responsabilidad.

imprudentes<sup>352</sup>. Por ello, y salvo que entendamos que en dichos tipos penales no existe tampoco función preventiva al depender el resultado de cierta azar no controlable por quien genera el riesgo, no cabe argüir este argumento para negar a la responsabilidad civil dicha función.

Hay una argumento, quizás de más peso dogmático que ningún a otro, a favor de la función preventiva como parte de la estructura normativa de la responsabilidad civil, que no sólo justifica lo anterior sino se considera sustancial para determinar la función esencial de esta institución. Se trata de la exigencia que algunas normas determinan para algunos sujetos, exigiéndoles una determinada conducta cuya omisión conlleva, de acontecer el efecto lesivo, la obligación de repararlo. Nos referimos a los supuestos en los que a un sujeto determinado, por diversas razones, el ordenamiento le encomienda tutelar unos intereses frente a cualquier riesgo o tutelar a unos sujetos de unos determinados riesgos<sup>353</sup>. La posición de garante que ocupa el designado le hace asumir el coste de la reparación si el daño se produce y pudo haberlo evitado. El particular acento preventivo de estos supuestos es que el garante sólo responde si ocupando la posición de protector, tenía conocimiento, o debía tenerlo de la antijuridicidad, su conducta era reprochable por incumplir el mandato pudiendo y teniendo capacidad para cumplirlo y tenía la posibilidad de realizar una conducta alternativa a la omisión que pudiera haber evitado el daño por causado en los intereses a tutelar. Sin perjuicio de que, posteriormente, analicemos la estructura de imputación en los supuestos de las omisiones, conviene dejar ya justificado que no nos parece posible defender la inexistencia de una función preventiva en estas conductas, que exigen como indicamos la condición de imputable del garante y la omisión de la conducta debida. Omitir lo que le era exigible hacer, para evitar el daño, implica una condena, la de reparar el daño, que genera suficientes incentivos en el sujeto, tantos o incluso superiores que la pena, para que actúe en el curso causal ajeno y evite la lesión. El garante debe intervenir en protección del perjudicado y asumir, si no lo hace, el daño previsible que se ocasione. Parece suficiente incentivo para promover dicha conducta, tanto al menos como

---

<sup>352</sup> MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General...*cit., p. 281 y ss.; respecto de Alemania véase por todos JAKOBS, G., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid 1997, 2ª ed., traducción de la 2ª ed. alemana, 1991, por Cuello Contreras, J. y Serrano González de Murillo, J.L., p. 378 y ss.

<sup>353</sup> Sobre las fuentes de la posición de garante seguimos la construcción de KAUFMANN, A., *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen 1959. La inexistencia de una dogmática sobre las omisiones, en la responsabilidad civil, nos obliga a trabajar desde la construcciones penales sobre la omisión. Posteriormente identificaremos las que, a nuestro juicio, deber ser las diferencias con la construcción en sede de responsabilidad civil.

cualquier institución del Derecho Privado en la que la omisión de una conducta conlleve la generación de un derecho de crédito en un tercero.

La prevención como un fin inserto en la estructura de la responsabilidad civil, que persigue la reducción de los daños, no es sólo una cuestión económica<sup>354</sup>, sino también jurídica, como se reconoce, incluso por una parte importante de quienes afirman la supremacía de la función indemnizatoria, al menos con carácter accesorio<sup>355</sup>. Es decir, que sin perjuicio de la función reparadora de la Responsabilidad Civil, la actúa función preventiva, aunque no sea su objetivo directo<sup>356</sup>. Evidentemente, la reducción de los daños supone una eficiencia en la utilización de los recursos, pero también supone cumplir con unos fines básicos de justicia, puesto que el daño casi siempre supone un resultado no deseado por el ordenamiento y, en conformidad con ese objetivo, las instituciones jurídicas deben servir a su obtención, sin que ello sea obstáculo para que existiendo otras finalidades la labor hermenéutica se dirija hacia la obtención del propósito normativo. Por ello, no podemos estar sólo atentos a la búsqueda de objetivos de eficiencia económica sino principalmente al encuentro de los objetivos de justicia que se persigan por las normas. Aunque las normas sean ineficientes si pretenden la justicia, su interpretación habrá de realizarse en función de las razones de justicia contenidas en el ordenamiento, aunque ello no procure una asignación eficiente de los recursos económicos existentes, por la sencilla razón de que no siempre habrán de ir de la mano la eficiencia y la justicia, y esto fruto de la decisión del legislador, pero también de los propios fines del Derecho en abstracto, al margen de cuál sea la política

---

<sup>354</sup> Como dice REGLERO CAMPOS, L.F., “Conceptos generales y elementos de delimitación...cit., p. 69, “la función preventiva de la responsabilidad civil ha sido puesta de relieve sobre todo por los autores que se han ocupado desde la perspectiva de los costes que desde una óptica económica”.

<sup>355</sup> MAGNUS, U., “Comentarios al Art. 10:101 PETL...cit., p. 203 afirma que el Artículo 10:101 PETL “establece implícitamente, que la compensación es el objetivo de la indemnización”, aunque también acepta el objetivo de la prevención, rechazando el de la punición, puesto que “es claro que los Principios no permiten indemnizaciones punitivas que sean manifiestamente desproporcionadas con respecto a la pérdida real de la víctima y que sólo tengan el propósito de castigar al causante del daño a través de la responsabilidad civil”. En cuanto la compensación, en p. 205 afirma que “Existe un acuerdo unánime en que la principal finalidad del Derecho de daños es la compensación” con las excepciones de Austria y Suiza, donde la compensación depende del grado de culpa. Afirma en la misma p. 205 que también en la mayoría de ordenamientos jurídicos se atribuye una finalidad preventiva de carácter accesorio o al menos se acepta la prevención como efecto deseable, pero secundario.

<sup>356</sup> LLAMAS POMBO, E., “Prevención y reparación, las dos caras del derecho de daños...cit., p. 458 admite que “como efecto secundario o inducido, la responsabilidad civil no sólo repara o indemniza, sino que día a día adquiere cierto carácter retributivo, disuasorio, de prevención de conductas antisociales y dañosas” y afirma que “a veces resulta más conminatoria una suerte de penal civil (rascarse el bolsillo), que una condena estrictamente penal”. Y en la p. 463, nota 56, afirma que “la responsabilidad civil deriva más del dar a cada uno lo suyo (suum cuique tribuere) que del no causar daño a otro (alterum non laedere)” aunque a efectos de justificar la tutela inhibitoria.

legislativa correspondiente. El estudio económico nos va a permitir un análisis valorativo, en términos de eficacia económica, de los efectos que la institución de la responsabilidad produce, y con ello como mejorar su régimen jurídico para conseguir una óptima consecución de las finalidades que con ella se persiguen.

### *3. La función preventiva de la responsabilidad por daños desde el análisis económico del derecho.*

Derecho y economía son dos ciencias que pueden compenetrarse, ser utilizadas para su mejor aplicación, y obtener una mejor ordenación de las relaciones sociales, aunque los objetivos de estas dos disciplinas no tienen porque ser coincidentes<sup>357</sup>, ya que la regulación que establece el Derecho no puede establecerse única ni principalmente bajo parámetros de eficiencia económica (maximizar los recursos disponibles), porque esta medida no es jurídica, como tampoco lo son parámetros sociológicos o morales, sino que el Derecho se determina en función de la política legislativa correspondientes, sobre la que sí inciden factores económicos, sociológicos y morales diversos, pero lo hacen como instrumentos para la consecución de los objetivos perseguidos por el ordenamiento, los cuáles, inicialmente, deben sustentarse en obtener una mayor justicia. Por ello se ha de atender a criterios de Justicia para todo el sistema y en su virtud generar normas que tiendan a la consecución de ese principal objetivo, aunque se trate de normas que carezcan de la exigida eficiencia económica. El Derecho no es sólo un modelo normado de actuación a seguir sino el marco en el que se ha de desarrollar toda actividad, no sólo respetando las concretas normas que lo regulan sino interpretándolo conforme a las pautas que el mismo recoge, aptas para obtener los fines buscados<sup>358</sup>, y ello depende precisamente de cuáles sean éstos y que no necesariamente tienen que ser de eficiencia económica. Es por esto que, sólo los criterios jurídicos interpretativos, establecidos en la hermenéutica jurídica sirven para determinar la

---

<sup>357</sup> A pesar de que se pueda entender que tengan el objetivo de mejorar las instituciones sociales, como afirman SALVADOR CODERCH, P. y GÓMEZ LIGÜERRE, C., “El derecho de daños...cit., p. 8, puesto que la Justicia a veces está reunida con la eficiencia económica.

<sup>358</sup> SALVADOR CODERCH, P. y GÓMEZ LIGÜERRE, C., “El derecho de daños...cit., p. 10 afirman que a la hora de buscar el bienestar social, dependerá del tipo de bienestar social que se pretenda. “Así, si el objetivo de una sociedad es minimizar la causación de accidentes de circulación será deseable una regla que imponga castigos severos a los automovilistas descuidados. Si, además, el objetivo es aprovechar al máximo los beneficios sociales de la circulación rodada quizá deban adoptarse medidas que promuevan comportamientos precavidos en los causantes y víctimas potenciales de accidentes de circulación”.



correcta aplicación de las normas, salvo que sea el propio sistema jurídico el que contenga normas interpretativas de índole económico o fije objetivos de tal naturaleza. A nuestro modo de ver, esta es la gran utopía del análisis económico del derecho, la de obtener una interpretación del derecho conforme a criterios no previstos por el propio ordenamiento.

Al margen queda la deseable relación entre Derecho y Economía que nos permita analizar los efectos que la aplicación de las normas, bajo los criterios jurídicos establecidos, tenga en la realidad social, y con ello poder proponer y aprobar modificaciones en la legislación con el objetivo de mejorar la deseable Justicia. En este supuesto el análisis económico de las normas implica una ventaja para el Derecho, porque a través de instrumentos extrajurídicos puede mejorar sus objetivos, en cuanto que le informan de las incorrecciones que existan entre los fines que se pretendían obtener y los efectivamente obtenidos.

En relación con la responsabilidad civil puede ser muy útil la utilización del análisis económico en cuanto nos permita, en su caso, predecir los efectos que las consiguientes regulaciones de la responsabilidad civil van a producir en la conducta de los sujetos, y a la vista de esos datos determinar una modificación del ordenamiento si esos efectos son indeseables en relación con los que persigue la institución, que en cuanto a la responsabilidad civil ya hemos manifestado que se concretan en la tutela de los intereses a los que el ordenamiento jurídico otorga protección, mediante la prevención de conductas lesivas y, en caso de que el daño acontezca, la indemnización. Es por ello, por lo que creemos necesario realizar un estudio del análisis económico de la responsabilidad civil para poder comprobar si se obtiene el resultado que las funciones que el Derecho pretende conseguir con la normativa existente. Este análisis no tiene un enfoque de interpretación del Derecho conforme a lo que resultados de eficiencia económica o a lo que se denomina como tesis normativa<sup>359</sup>, es decir, como criterio valorativo y no analítico de las consecuencias que produce la responsabilidad civil, lo que no es aceptable en cuanto que la regulación deviene de la voluntad del legislador y no de la que derive de los resultados de un estudio económico. Lo que se pretende es realizar un análisis de los fundamentos de esta doctrina en su aplicación a la

---

<sup>359</sup> Así se define en SALVADOR CODERCH, P. y GÓMEZ LIGÜERRE, C., “El derecho de daños...cit., p. 9, a la que respondería la interpretación de CALABRESI, es decir la que determinaría que la función de la responsabilidad civil debe ser reducir al mínimo posible los costes de los accidentes.

Responsabilidad Civil, identificando las funciones que proponen para esta institución y si pueden identificarse con las que el Ordenamiento pretende al regularla, así como, en caso contrario, qué provecho se puede obtener para explicar qué justifica la imputación de la indemnización a un sujeto.

Para el análisis económico del derecho el objetivo principal es reducir los costes sociales<sup>360</sup> de los “accidentes”<sup>361</sup>, de tal manera que cualquier aumento en la prevención tiene que compensarse en una reducción en los accidentes, y por ello los daños derivados del mismo sólo pueden compensarse si era menos costoso prevenirlo<sup>362</sup>. Evidentemente, este análisis parte siempre de unos postulados, es decir de una hipótesis en el que se estudian los efectos de las normas teniendo por ciertos determinados aspectos, como que los sujetos toman decisiones racionales o que existe una plena información informativa, para después poder corregir las derivaciones que en su modelo surjan a raíz de la incertidumbre generada por esos aspectos. Por ello, y teniendo como base que los sujetos actúan racionalmente, se afirma que un sujeto adoptará medidas de prevención sólo si su beneficio marginal es superior al coste marginal<sup>363</sup>, a pesar de que existen otros múltiples factores en la toma de decisiones, como las sentimentales, morales, religiosas, etc.<sup>364</sup>.

Siendo cierto que este análisis no puede utilizarse en sus últimas consecuencias<sup>365</sup>, no supone que él no pueda servir como un instrumento de identificación de las carencias

---

<sup>360</sup> La obra esencial en esta materia es CALABRESI, G., *El coste de los accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*, trad. de Bisbal, J. de la edición en inglés de 1970, Barcelona 1984, ; SALVADOR CODERCH, P. en SALVADOR CODERCH y CASTIÑEIRA PALOU, M.T., *Prevenir y castigar...cit.*, p. 113 afirma que “se trata también de establecer cuáles son los cánones o reglas –ausencia de responsabilidad, responsabilidad por culpa con tal o cual nivel de precauciones exigibles, responsabilidad objetiva- que permiten afirmar que el Derecho de daños contribuye a minimizar eficientemente el número y gravedad de los accidentes”.

<sup>361</sup> Utilizamos este término “accidentes” para referirnos, siguiendo la terminología de esta metodología, a las situaciones de conflicto en las que un causante o “injurer” causa daños a la víctima, generando unos costes cuya atribución ha de maximizarse.

<sup>362</sup> SALVADOR CODERCH, P. y GÓMEZ LIGÜERRE, C., “El derecho de daños...cit.”, p. 9 lo expresan así: “el coste marginal que tiene para el causante el aumento del nivel de prevención debe ser igual al beneficio marginal que tiene para la víctima una conducta más prudente”.

<sup>363</sup> POSNER, R., *Economic Analysis of Law*, 2007; ;SALVADOR CODERCH, P. y GÓMEZ LIGÜERRE, C., “El derecho de daños...cit.”, p. 9.

<sup>364</sup> Los problemas del hombre exclusivamente racional han sido puestos en tela de juicio por la denominación Behavioral Economics. Como referencia sobre la materia puede verse el reciente trabajo de THALER, R.H., *The Making of Behavioral Economics. MISBEHAVING*, New York 2015; SALVADOR CODERCH, P. y GÓMEZ LIGÜERRE, C., “El derecho de daños...cit.”, p. 10. afirman que este paradigma del hombre racional ha sido puesto en cuestión por la propia psicología.

<sup>365</sup> Para REGLERO CAMPOS, L.F., “Conceptos generales y elementos de delimitación...cit.”, p. 71 el análisis económico del derecho se ocupa sobre la responsabilidad civil respecto “de la relación entre daños, prevención del riesgo y coste óptimo de la prevención”. Quizás ello suponga una simplificación

del sistema jurídico para obtener la justicia que persigue el Derecho. El propio hecho de que el causante asuma el coste de los perjuicios causados provoca un incentivo para prevenirlo, es decir, para adoptar las medidas necesarias que eviten el daño, y con ello “minimizar las influencias negativas que la actividad de una persona pueda tener en el bienestar de los demás”<sup>366</sup>.

El problema de los costes derivados de la responsabilidad civil<sup>367</sup> es una cuestión a resolver sobre cómo actuar conforme al máximo beneficio, es decir, a la consecución de un objetivo de reducción de los costes al mínimo posible, a lo que se denomina como óptimo de Pareto. Ahora bien, sin ninguna duda en esa contabilización de los costes han de tenerse en cuenta las externalidades que se producen, en quienes se ven afectados por la una actuación lesiva, que soportan un coste mayor que el del que las genera<sup>368</sup>. Es importante determinar de qué coste es el que se trata de reducir principalmente, y ello deviene del criterio normativo que exista en cada momento<sup>369</sup>. La protección del Derecho de unos intereses determinados ha sido una constante a lo largo de la historia, desde la protección del orden público, la protección de la actividad económica o la protección de los perjudicados. Siempre el Derecho ha priorizado un determinado interés, y en su virtud se ha configurado la regulación y se han debido interpretar las normas. El análisis económico analiza la realidad<sup>370</sup>, y en su investigación determina que efectos producen las normas de la responsabilidad civil sobre la generalidad de los sujetos en su actuación, influyendo que ésta se realice en el sentido de reducir los costes derivados de su actuación, e incluso a asegurarse, por la aversión al riesgo que sufre<sup>371</sup>

Si se defiende una reducción de los denominados “costes primarios” o costes que sufre la víctima, deberemos generar un sistema de responsabilidad absoluta, en la que el perjudicado se vea siempre indemnizado. Evidentemente un sistema de este tipo, donde

---

excesiva de la materia, porque no es sólo un examen sino una interpretación del derecho conforme a postulados de eficiencia económica para conseguir la mejor aplicación de los recursos.

<sup>366</sup> SALVADOR CODERCH, P. y GÓMEZ LIGÜERRE, C., “El derecho de daños...cit., p. 6.

<sup>367</sup> Que implica para GÓMEZ POMAR, F., “Conceptos fundamentales...cit., p. 5 que “El comportamiento socialmente adecuado es el que minimiza la suma del coste de reducción del riesgo y de gravedad de los daños”.

<sup>368</sup> SALVADOR CODERCH, P. y GÓMEZ LIGÜERRE, C., “El derecho de daños...cit., p. 7.

<sup>369</sup> CALABRESI, G., *El coste de los accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*, trad. de Bisbal, J. de la edición en inglés de 1970, Barcelona 1984, así lo afirma en materia de reducción de costes, en cuanto que lo ideal sea minimizar los costes primarios, los secundarios o los terciarios.

<sup>370</sup> Como dicen SALVADOR CODERCH, P. y GÓMEZ LIGÜERRE, C., “El derecho de daños...cit., p. 19, el que se quiera distinguir entre efectos secundarios o fácticos y efectos normativos en relación con la prevención de la responsabilidad civil, como hacen alguno civilistas de la talla de Pantaleón, es irrelevante para el análisis económico porque este sólo trabaja con la realidad.

<sup>371</sup> SALVADOR CODERCH, P. y GÓMEZ LIGÜERRE, C., “El derecho de daños...cit., p. 20.

todos los daños conllevaran indemnización sería un sistema inviable económicamente, al menos en nuestro ordenamiento, y terminaría produciendo un absoluto rechazo a la realización de actividades beneficiosas para la sociedad pero de alto riesgo, y ello a pesar de que no hubiese razón alguna, más que la causal, para que un sujeto asumiera el coste de las indemnizaciones<sup>372</sup>. No obstante, a nuestro entender, una regla de responsabilidad absoluta no reduce los costes primarios siempre y en todo caso, en cuanto que la inversión en prevención carecería de sentido si el daño se cubriera en todo caso y sin criterio alguno de asignación de su coste que conllevara reducción de los riesgos de lesión. La reducción de dichos costes tiene una salida básica de cierta entidad que es la paralización de las actividades de riesgo lo que conlleva, por obvias razones, la afectación de la riqueza en términos sociales y, con ello, la generación de otro tipo de daños. Por ello, y siendo conscientes del efecto perjudicial que una responsabilidad absoluta (cubierta por sistemas colectivos o por quien genera los riesgos lesivos) los ordenamientos suelen contemplar distintas posibilidades y elementos en la configuración de las limitaciones de las responsabilidades por daños que no son homogéneos en todos los sectores, donde los riesgos se desenvuelven. Estas posibilidades van desde la prohibición de la actividad hasta la permisión de las mismas incluyendo elementos atenuadores de la responsabilidad, como la exigencia de la negligencia o incluso la necesidad de un grado elevado de esta última.

La prevención carece de sentido, si existen reglas de “no responsabilidad”, ya que el sujeto que genera riesgos no responde al existir fondos colectivos de compensación, salvo que existan vías alternativas por las que el mismo pueda terminar soportando la totalidad del daño (supuestos de responsabilidad por mera causación o por ejemplo, si hubiera subrogación del derecho del perjudicado a favor del fondo) o parte del mismo (el fondo se nutre con fondos de los titulares de los riesgos lesivos que aportan según determinados criterios como el volumen de actividad, o cualquier otro similar. Por otro lado, si la protección se dispensara hacia la reducción de los denominados como costes secundarios, es decir los derivados de la distribución de los costes, la opción sería instaurar un seguro o fondo público que diese cobertura a todos los daños causados. El gravísimo problema es que frene a la reducción de esos costes secundarios, se produciría un insoportable incremento de los costes primarios, en cuanto que desaparecería, más allá del control que conllevara el Derecho Sancionador, todo

---

<sup>372</sup> SALVADOR CODERCH, P. y GÓMEZ LIGÜERRE, C., “El derecho de daños...cit., p. 17.

tipo de incentivos hacia la evitación del daño, derivado del problema del riesgo moral<sup>373</sup>, lo que terminaría incrementando notablemente los costes de los accidentes, a pesar de que los daños sufridos por los perjudicados no sean plenamente indemnizados, porque el seguro o fondo público, sólo compense en parte aquél, ya que el daño no reparado seguirá en el perjudicado, sin que causación haya provocado reacción adversa alguna. En relación con los denominados costes terciarios, los costes de gestión de los accidentes, el propósito de minimizarlos conllevaría hacia una regla de ausencia de responsabilidad, lo que conllevaría unos efectos sobre los costes primarios similares a los referidos en el párrafo anterior, con el añadido de que al no existir fondo o seguro público se produciría un incremento de los costes derivados de la falta de participación de los posibles perjudicados en actividades de peligro, en cuanto que a pesar de no poder hacer nada para evitar el daño, si lo sufren no existen mecanismo alguno reparador. Al margen quedaría la profunda injusticia que ello generaría, con el consiguiente malestar social, lo que también supone unos consiguientes costes.

Se reprocha a esta metodología, a la hora de su aplicación de *lege lata*, y no de *lege ferenda*, que parte de hipótesis en la determinación de los costes de prevención, de indemnización y de administración<sup>374</sup>. Aunque estamos ante modelo de análisis y los datos deben ser relativizados, ello no impide que, en su caso, pudiera llegar a afirmarse que los resultados pudieran servirnos para afirmar que una determinada regulación acentuase la función preventiva de la Responsabilidad Civil. Lo que no podemos aceptar, de partida, en un sistema como el nuestro, es que la pretensión sea la mera reducción de costes, obviando la propia justicia que supone la reducción de los daños no deseados por el ordenamiento<sup>375</sup>. Ahora bien, el criterio de previsibilidad que se utiliza en el análisis económico del derecho no es desdeñable como criterio de determinación de la diligencia del causante para poder imputarle el daño<sup>376</sup>, porque nos permite evitar

---

<sup>373</sup> SALVADOR CODERCH, P. y GÓMEZ LIGÜERRE, C., “El derecho de daños...cit., p. 18.

<sup>374</sup> REGLERO CAMPOS, L.F., “Conceptos generales y elementos de delimitación...cit., p. 72 así lo afirma “sólo resultan útiles en el ámbito de la responsabilidad civil cuando el coeficiente de error en la operación de previsibilidad de cada uno de los costes es prácticamente despreciable”.

<sup>375</sup> REGLERO CAMPOS, L.F., “Conceptos generales y elementos de delimitación...cit., p. 72 dice así que las medidas de prevención “no se guían tanto por los parámetros de optimización de costes, cuanto por consideraciones de política social y económica, de disposición de recursos y de presión social”.

<sup>376</sup> Ello ya ha sido utilizado por el Tribunal Supremo, como afirma REGLERO CAMPOS, L.F., “Conceptos generales y elementos de delimitación...cit., p. 75 en base a la STS de 14 de abril de 1999 (RJ 1999/2615) que afirma “lo que no es puede es exigir utopías en relación a prestaciones de cualquier centro hospitalario, que, en todo caso, estará determinadas por la finalidad específica del mismo y las limitaciones presupuestarias”.

ese daño atribuyéndoselo a quién podía evitarlo<sup>377</sup>, con un menor coste que el derivado por la causación del daño.

- a) Los problemas del análisis económico del derecho como instrumento para identificar la función de la responsabilidad civil.
- i) Los fundamentos del análisis económico del derecho.

En el análisis económico del derecho<sup>378</sup> se parte de una presupuesto que se asume metodológicamente como premisa. El accidente cuyos costes se analizan tiene un causante, un “injurer”, en terminología anglosajona, cuya conducta se va a analizar para comprobar los costes que ha invertido en prevención. Sin embargo, no se justifica en esta metodología, la razón por la que alguien llega a esa situación y es considerado generador del efecto lesivo. A partir de esa situación se analiza la supuesta eficiencia de la conducta, en términos económicos, y se va a pretender, a través de un análisis clásico, determinar cuál es la situación idónea para reducir dichos costes, partiendo de la premisa de la absoluta racionalidad económica del causante y de la víctima que actuarán, por incentivos de carácter económico, en función de lo la obtención de la solución más rentable. En la combinación del actuar presunto de ambos se pretende demostrar cuál es la situación más eficiente en relación con los costes que el accidente implica (a los que nos hemos referido anteriormente) y para ello se analizan cuatro situaciones:

En primer lugar, en los accidentes unilaterales, en los que sólo el causante tiene incidencia en el riesgo de daños sin que la actuación de la víctima tenga influencia alguna en el riesgo lesivo ni en que éste termine realizándose<sup>379</sup>. En estos supuestos sólo el “injurer” puede tomar medidas de precaución o prevención para reducir la afectación de los riesgos de accidentes. En estos supuestos, se afirma que las reglas de responsabilidad objetiva como las de responsabilidad por culpa inducirían al óptimo de

---

<sup>377</sup> SALVADOR CODERCH, P. y GÓMEZ LIGÜERRE, C., “El derecho de daños...cit., p. 7.

<sup>378</sup> POSNER, R.A., *Economic Analysis of Law*, New York 2003, 6ª ed.; SHAVELL, S., “Economic analysis of accident law”, en <http://www.nber.org/paper/w9694>, working paper 9694, mayo 2003; SCHÄFER, H-B. y OTT, C., *Manual de análisis económico del derecho civil*, trad. de Von Carstenn-Lichterfelde, M., de la edición en alemán de 1986, Madrid 1991; GÓMEZ, F., y PASTOR, S., “El derecho de accidentes y la responsabilidad civil: un análisis económico y jurídico”, *ADC*, núm. 43, abril-junio 1990, p. 495 y ss.; GÓMEZ POMAR, F., “Análisis económico del Derecho de la Responsabilidad Civil, Barcelona 2008, disponible en [www.upf.edu](http://www.upf.edu)

<sup>379</sup> SHAVELL, S., “Economic analysis of accident law...cit., p. 10

prevención generando la solución más óptima para la sociedad. Pero como se ha afirmado, para solventar adecuadamente esta situación, es imprescindible que el juez conozca el deber de cuidado utilizado y que este coincida con el óptimo de prevención que reduzca los costes de los accidentes<sup>380</sup>.

En segundo lugar, en los accidentes bilaterales en los que tanto el causante como la víctima pueden actuar para reducir los riesgos del accidente, el óptimo de cuidado, el objetivo social que minimice el coste social total, resultará de la suma de los costes de cuidado de ambas partes más las pérdidas esperadas. A la hora de solventar la decisión sobre cuál de las reglas posibles de responsabilidad es más óptima, el supuesto se complica al analizar la existencia de negligencia de la propia víctima, bien comparándola con la del causante, o bien compensándola con la de éste, o incluso exonerándole si la víctima actuó negligentemente<sup>381</sup>. Se ha afirmado que, en nuestro ordenamiento, la denominada “contributory negligence” o negligencia contributiva no se utiliza y sí los otros dos supuestos de negligencia relativa y negligencia comparativa<sup>382</sup>.

En tercer lugar, en los accidentes unilaterales donde, además del nivel de cuidado, también interviene el nivel de actividad en la probabilidad de que el accidente acontezca. Se trata de analizar, sobre la base del modelo unilateral básico, como influye el grado de actividad de riesgo que el causante desarrolle. Por tanto existen dos factores, el nivel de cuidado y el nivel de actividad que inciden sobre el riesgo lesivo. En estos supuestos se parte de la premisa de que un incremento de la actividad del causante conllevará un incremento proporcional de daño esperado, con un mismo nivel, proporcional, de cuidado. En este modelo, la utilidad de la actividad también implica una afectación de la opción óptima en cuanto que a mayor utilidad mayores beneficios sociales. Por lo tanto, a diferencia de los anteriores supuestos, la opción más eficiente no está en obtener el menor coste total del accidente sino en lo que podríamos denominar el obtener el menor coste neto derivado de la actividad o la mayor ganancia posible de la actividad, o tal y como denomina por la doctrina de esta metodología el mayor bienestar social (utilidad de la actividad menos los costes totales del accidente)<sup>383</sup>. En estos supuestos, se afirma que ambas reglas, de responsabilidad objetiva y

---

<sup>380</sup> SHAVELL, S., “Economic analysis of accident law...cit., p. 12.

<sup>381</sup> SHAVELL, S., “Economic analysis of accident law...cit., p. 15

<sup>382</sup> GÓMEZ POMAR, F., “Análisis económico del Derecho de la Responsabilidad Civil...cit., p. 5

<sup>383</sup> SHAVELL, S., Strict Liability versus Negligence. *Journal of Legal Studies* 9, 1980, p. 1 y ss.

negligencia son óptimas puesto promueven la adopción del óptimo en el deber de cuidado pero la regla de la negligencia inciden en el nivel de actividad promoviendo su incremento ya que el “injurer, a diferencia de la regla de responsabilidad objetiva, no abona la indemnización que él cause si cumple con el óptimo de prevención<sup>384</sup>.

En cuarto y último lugar, en los supuestos de accidentes bilaterales en los que el nivel de diligencia y el nivel de actividad tienen relevancia, también se modifica el objetivo y se persigue maximizar el bienestar social, derivado de la suma de utilidad del causante que recibe de la actividad de riesgo que realiza y la utilidad de la víctima obtenida de su propia actividad (entendemos que del interés jurídico susceptible de lesión), menos el sumatorio total de los costes de precaución y el daño esperado. En estos supuestos, no se acepta ninguna regla de responsabilidad como predominante y parece aceptarse que lo relevante es la importancia social de las actividades (en la terminología de nuestra tesis, intereses jurídicamente relevantes) que desarrollan el causante y la víctima. Así, la regla de la responsabilidad objetiva será más óptima socialmente si es más importante para la sociedad que se controlen los niveles de actividad de los causantes que los de las víctimas. Por el contrario, una regla de negligencia sería más óptima si las actividades de los causantes no son especialmente peligrosas y pueden controlarse con el cuidado apropiado, lo que conllevaría reducir actividades de las víctimas que someten a particulares riesgos<sup>385</sup>, es decir si la víctima puede influir mucho en la producción del accidente, la regla de responsabilidad por culpa sería más ventajosa<sup>386</sup>.

El soporte teórico del método aplicado viene siendo, fundamentalmente, la utilización de la fórmula denominada HAND, en honor a su creador el Juez Learned Hand, en el conocido caso *United States v. Carroll Towing Co*, 159 F. 2d 169 (2d Cir. 1947)<sup>387</sup>. La regla asentada en este procedimiento puede asentarse bajo una fórmula de índole matemático, muy intuitiva para pretender solventar los problemas de la determinación del deber de cuidado óptimo en cualquier actividad de riesgo. En este sentido, el Juez Hand estableció que la obligación de tomar precauciones contra los

---

<sup>384</sup> SHAVELL, S., “Economic analysis of accident law...cit., p. 23.

<sup>385</sup> SHAVELL, S., “Economic analysis of accident law...cit., p. 27

<sup>386</sup> GÓMEZ POMAR, F., “Análisis económico del Derecho de la Responsabilidad Civil...cit., p. 8

<sup>387</sup> Puede verse un análisis del caso, referido al hundimiento de una barcaza en la bahía de New York, y los detalles en Feldman, A.M. y Kim, J., “The Hand Rule and *United States v. Carroll Towing Co.* Reconsidered” , Brown University, working paper n 2002-27, october 2002, disponible en [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=364102](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=364102)



daños resultantes de una actividad es una función sostenida en tres variables: 1) La probabilidad de que un riesgo se realice; 2) la gravedad del daño resultante en ese caso; 3) la carga de las precauciones adecuadas para evitarlo. En este sentido expresó su fórmula en términos algebraicos. Así, si la probabilidad es  $P$ , el daño  $L$  y la prevención  $B$ , la responsabilidad depende de que  $B$  sea menor que  $L$  multiplicada por  $P$ . Es decir si  $B < PL$  el causante no ha cumplido el estándar requerido de diligencia; si  $B \geq PL$  el responsable habría cumplido dicho estándar y por ello no sería responsable<sup>388</sup>. La incidencia de dicha fórmula en el devenir posterior del análisis económico de los accidentes de sobra conocido y son constantes las referencias a dicha regla que se ha convertido en soporte fundamental de la metodología analítica referida<sup>389</sup>. Las tres variables enunciadas en la regla Hand han sido incluidas en todos los trabajos posteriores y la aplicación de dicha fórmula permite extraer una rápida conclusión sobre la existencia o no, en términos económicos, de el deber objetivo de cuidado que racionalmente le es exigible al causante. No obstante, de partida ya algunos problemas si han sido reconocidos por la doctrina para la aplicación de la fórmula, como los problemas de medida de las variables, que se trata de valores medios cuando deberían ser valores marginales (relación recíproca del coste de prevención con la variación de la probabilidad de que acontezca el daño) o la aversión al riesgo<sup>390</sup> que ambas partes tengan lo que incidirá, obviamente, en sus conductas e influirá, aunque no se diga, en los costes que ambas partes realicen para gestionar esos riesgos cuando, como suele ocurrir, hay incertidumbre sobre el acontecer futuro.

El análisis económico del derecho puede ofrecernos un instrumental en cierta manera útil para acomodar las normas a los fines pretendidos por el Derecho. Su análisis y sus modelos reflejan estados conductuales modélicos que como sistemas teóricos no pueden perderse de vista. Creemos que, este análisis yerra en sus conclusiones porque adecúa incorrectamente los presupuestos de la responsabilidad y su finalidad a la construcción dogmática de la responsabilidad civil. Pero, sin que lo anterior deje de ser un obstáculo relevante, también entendemos y procuraremos

---

<sup>388</sup> “Since there are occasions when every vessel will break from her moorings, and since, if she does, she becomes a menace to those about her; the owner’s duty, as in other similar situations, to provide against resulting injuries is a function of three variables: (1) The probability that she will break away; (2) the gravity of the resulting injury, if she does; (3) the burden of adequate precautions. Possibly it serves to bring this notion into relief to state it in algebraic terms: if the probability be called  $P$ ; the injury,  $L$ ; and the burden,  $B$ ; liability depends upon whether  $B$  is less than  $L$  multiplied by  $P$ : i.e., whether  $B < PL$ ” .

<sup>389</sup> Por todos véase POSNER, R.A., *Economic Analysis of Law*, ...cit.

<sup>390</sup> GÓMEZ POMAR, F., *Análisis económico del Derecho de la responsabilidad civil*..cit., p. 15

acreditar que la propia metodología no acierta en cuanto a los incentivos que se pretenden generar con el estudio de los supuestos de incidencia de las conductas lesivas en la sociedad y la reducción de los costes de los accidentes. En todo caso, es posible que esta metodología pueda sernos útil para explicar alguna de las reglas que sostienen la responsabilidad por daños en la actualidad. Por ello, es relevante en qué puede utilizarse y dónde, siempre a nuestro juicio, muestras ciertas debilidades o incluso errores de cálculo.

ii) Problemas metodológicos.

La existencia de una función preventiva, estructurada en términos económicos, de análisis coste-beneficio sobre la conducta más eficiente a ser adoptada tropieza con las contradicciones de su propio análisis. Si el sujeto, el que ostenta el control en las fuentes de riesgo de las que puede dimanar el efecto lesivo, los “injurers”, se le incentivara a generar los menores costes sociales es evidente que tendría que tener en cuenta, además de sus costes, los ajenos, resultado del daño causado en los perjudicados y, teóricamente, si estos le terminan siendo cargados entonces también los tendría que considerar, en un planteamiento de puro análisis económico, en el cálculo hacia su conducta más eficiente. Optar por lo contrario, hacerle responsable solo de los costes de una óptima prevención, no es pretender buscar una reducción de los costes sociales sino que el objetivo, para el causante, exclusivamente, sería el de reducir sus propios costes, instrumento a través del cual el ordenamiento, supuestamente, lograría la meta final de reducir la entidad de los costes sociales totales de los accidentes. A partir de ahí, surgen los problemas de identificación del propósito perseguido por esta metodología.

La propia literatura<sup>391</sup>, que postula el análisis económico del derecho, reconoce la existencia de estos problemas puesto que el sujeto, que no tiene incentivos a soportar la condena económica indemnizatoria, carece de estímulos para guiar su conducta hacia el perfecto equilibrio entre los accidentes acontecidos y los costes sociales globales que éstos generan. Ello implica una infraprotección y una infrautilización de los recursos disponibles desequilibrando la balanza en contra de los resultados lesivos al generar alicientes hacia comportamientos negligentes, e incluso dolosos, que puedan conllevar

---

<sup>391</sup> POSNER, R.A., “Values and consequences; an introduction to economic analysis of Law”, *University of Chicago, Working Paper Series* No. 53

la puesta en funcionamiento de elevados riesgos para terceros con altas probabilidades de ganancias para el “injurer” y altas probabilidades de lesiones para las “víctimas”, siempre que las posibilidades de beneficios superen las pérdidas, sin que para ello sea óbice la lesión generada, su entidad o gravedad. Es así que si finalmente el “causante” no debe indemnizar le será irrelevante el daño causado y, por tanto, podrá causar todo aquel cuya generación le siga generando menores costes o incluso beneficios. Basta recordar que la eliminación de beneficio, su no obtención es un coste. Además, en todo caso, tenemos el coste de oportunidad que para el “injurer” puede suponer no hacer nada o realizar una conducta alternativa a aquella de la que ha derivado el daño y que, muy particularmente, en las omisiones ha de suprimir para actuar en la evitación del daño. Es decir es posible que ese coste de oportunidad sea muy superior al coste del daño producido aunque el coste de las medidas de prevención (el precio para evitar el daño, en cualquier caso, con carácter general) sea mucho menor. Sin embargo, el sujeto al que se exige que haga un cálculo sumatorio no se le puede exigir, al menos con estas medidas, que además opte por aquello que a él, aunque no a la sociedad, le salga más costoso. No puede ser ese el propósito de una institución de naturaleza jurídico-privada como la responsabilidad indemnizatoria. Si es que esta institución puede guiar la conducta de algún sujeto lo hará siempre en función no del coste social, fin pretendido por quien defiende estos postulados, sino por los costes globales a los que habría de enfrentarse el “injurer”.

El que el causante sufra perjuicios extraordinarios con el fin de incentivar a evitar conductas altamente perjudiciales para terceros pero con elevada rentabilidad para su patrimonio justifica la clásica institución de los denominados “punitive damages”, que pretenden que el responsable perciba, con efectos en su patrimonio, las consecuencias de sus acciones<sup>392</sup>. El sujeto no sólo se enfrenta a una indemnización que puede interiorizar en el coste de sus actividades por serle más barato indemnizar que evitar, sino también a una cuantía a favor del perjudicado que no persigue indemnizarle, lo que ya se habrá efectuado con la indemnización del daño que le haya sido reconocida, sino con un plus cuantitativo que, por la razón acabada de mencionar, ya no permite reparar el daño y por tanto no indemniza, lo que la excluye de la institución de la responsabilidad indemnizatoria puesto que el daño, el efecto lesivo habrá sido

---

<sup>392</sup> Sobre esta cuestión puede verse CALANDRILLO, S.P., “Penalizing Punitive Damages: Why the Supreme Court Needs a Lesson in Law and Economics”, en *The George Washington Law Review*, Vol 78 no. 4, June 2010, p. 774 y ss.

compensado, o si se prefiere, ficticiamente reparado por la indemnización. Los daños punitivos vienen a retribuir al sujeto para hacerle menos soportable el cálculo y la obtención de lucros a costa de los perjuicios de terceros. Pero esa condena pecuniaria no es indemnización y por tanto, aunque sus funciones retributivas y, con ello, también preventivas (todo lo retributivo, en principio, tiene un efecto preventivo siempre que sujeto que es penado tenga posibilidad y capacidad de desarrollar una conducta alternativa, aunque no se pueda decir lo mismo en sentido contrario) se pueden cumplir de una manera efectiva, no puede ser incluida o utilizada para calificar instituciones distintas por lo que, si la pretensión en generar disuasión efectiva en los costes sociales, la existencia de la sanción (pública o jurídica privada) es esencial puesto que el enriquecimiento puede motivar la causación de los daños. Si afirmáramos la finalidad preventiva de la responsabilidad civil al influir en el óptimo de prevención, siempre debería incluirse la posibilidad de los “punitive damages” cuando el riesgo de lesión genera situaciones de enriquecimiento en el causante. Y como ya hemos reiterado, dicha institución estaría al margen de la reparación de daños<sup>393</sup>.

Además, téngase en cuenta que en el sumatorio de los costes sociales los modelos económicos sobre los que se trabaja tienen en cuenta situaciones individualizables y delimitan, caprichosa, cuando no arbitrariamente, los datos para obtener el resultado defendido. Individualizan los costes de prevención, los daños posibles y la posibilidad de que acontezcan pero no tienen en cuenta que un mismo “injurer” puede verse afectado por varios supuestos y que un incremento de costes de prevención en un caso puede implicar un aumento de la causación del daño en otros diferentes, lo que necesariamente lleva a un incremento de los costes para evitarlo. O que se den supuestos en los que varios supuestos individualizadamente considerados requieran un coste de prevención, individual, determinado cuya cuantía sea superior al coste de un daño multiplicado por la posibilidad de que el mismo acontezca. Por lo que el sujeto, en términos de costes sociales, actúa eficientemente si no incrementa sus costes de prevención en cada uno de esos supuestos individualmente considerados. Pero si dedicamos los mismos costes de prevención frente a la suma de todos los costes, antes individuales, ahora integrados frente a una misma fuente de riesgos, aunque ello no implique un incremento de la probabilidad esperada del daño, la ecuación se ha

---

<sup>393</sup> Aunque también se defiende, por algún autor, que en la cuantificación de la indemnización. Se tengan en cuenta razonamientos de la prevención para evitar que resulte más barato causar el daño que evitarlo., así MAGNUS, U., “Comentarios al Art. 10:101 PETL ...cit., p. 204.

inclinado del lado de esta última puesto que el coste de prevención, que se aplicaban a cada uno de los supuestos anteriores, ahora es único y se ha rebajado proporcionalmente al número de supuestos de posibles daños que hayamos sumado. El “injurer” ha actuado con idéntica diligencia pero al hacer más eficiente, reduciendo el coste social, y de su actividad, su funcionamiento implica un importe inferior al daño esperado. Es decir, mejorando la eficiencia de los costes de prevención se produce la paradoja de que puede tener que asumir el coste de reparación.

Si el análisis económico del Derecho tiene una función preventiva o incentivadora de una determinada conducta, será la de promover conductas eficientes para evitar los daños del propio “injurer”, pero no la de reducir el volumen de daños resultantes de los accidentes. El “injurer” si causa el daño y puede calcular todos los datos del modelo económico que sirve de soporte técnico a la metodología llevará a cabo aquellas conductas menos costosas para él, aunque las mismas generen accidentes de mayor gravedad o en mayor número. La responsabilidad indemnizatoria serviría, efectivamente, al cumplimiento de una función preventiva, pero no para prevenir accidentes, ni tendría funciones indemnizatoria, compensatoria, distributiva, conmutativa o retributiva, sino preventiva (evitar) que el “injurer” asuma los costes de los accidentes que causa, cuando estos son superiores al coste de evitarlos.

El agente que provoca el daño, si es un *homo economicus* y tiene plena información, causaría sólo aquellos accidentes esperados cuyo coste sea inferior al de los costes de evitarlos, pero los causaría y ellos serían asumidos por quienes no los han causado, provocado o generado (o en las omisiones, no tenían capacidad de evitarlos). Ese coste, el del accidente quedaría sin compensación porque el análisis económico ha determinado que es más eficiente no gastar un € más en prevención. Entonces el “injurer” puede prevenir no el daño, no el accidente, sino su responsabilidad. Si todos los posibles “injurer” actuarán de manera eficiente, siguiendo el modelo referido, todos los daños causados serían no responsables. Es decir, los posibles causantes tendrían el incentivo a no causar daños más costosos que los costes de evitarlos, pero llegados a ese nivel de eficiencia, sería más rentable generar el daño que evitarlo y si todos, absolutamente todos, en un mundo hipotético de maximización de la eficiencia económica actuáramos igual tendríamos que aceptar una responsabilidad civil inexistente frente a unos daños habituales que la víctima debería soportar, aun no siéndole imputables en su generación, justificando dicho argumento en que lo contrario

sería ineficiente. La responsabilidad indemnizatoria sería, en un estado perfecto de eficiencia económica, una institución de inexistente aplicación, ya que nunca se emplearía al adoptar todos los “injurers” costes de prevención hasta el nivel económico que lo hiciera no eficiente. Por lo tanto, nunca habría indemnizaciones aunque siguiera habiendo daños imputables a aquellos. En este estado, la función no sería prevenir daños o prevenir costes sociales sino prevenir, como ya hemos anticipado, la responsabilidad civil.

Lo antes dicho se acentúa si además de sostener la responsabilidad en el modelo económico referido, el legislador da pautas, cuanto más exhaustivas mejor, sobre el nivel de diligencia (costes de prevención del daño) exigido. Si determinado, a priori, quién es el “injurer” (este es un elemento previo en el modelo que se utiliza en esta metodología) y a éste es al que se exige, en el marco de la supuesta función preventiva, que reduzca los costes de los accidentes al mínimo, sólo tiene que sostener unos costes de prevención un € superior al daño esperado. Si el legislador le otorga el volumen de costes de prevención, normativamente idóneos para constituir el deber de diligencia exigido, ya ni siquiera habría de actuar eficientemente puesto que el cálculo de la eficacia económica ya se lo ha efectuado la norma, por lo que sólo ha de invertir ese importe en evitar su responsabilidad. Así la previene, aunque el daño termine siendo causado. En un sistema de esta entidad, lo que prevendría la responsabilidad sería la propia indemnización que quedaría eliminada. El sistema no sería indemnizatorio sino delimitativo del ámbito de asunción de riesgos del “injurer” en el ejercicio de sus actividades. No serviría para indemnizar sino para marcar un sistema de libertad en el que el causante que podría desarrollar los riesgos en el contexto de los costes de prevención exigidos sin miedo a asumir los daños derivados de su causación. Por lo tanto, la pretendida función preventiva terminaría convirtiéndose en una pura función demarcatoria de ámbitos de actuación. El injurer podría causar todos aquellos daños derivados de los riesgos que él controle pero en cuya prevención haya invertido un € más que el valor del daño esperado (daño causado por la probabilidad de que se realice).

Teóricamente, con una construcción económica como la referida, la responsabilidad civil no prevendría accidentes pero tampoco costes de los accidentes, sino que su función demarcaría la libertad del causante, quien podría exonerarse de responder –porque aun siendo causante no abonaría indemnización alguna al perjudicado–, si consigue el parámetro de la eficiencia económica de generar daños

esperados (daños causados en relación a la probabilidad de que los mismos acontezcan), menos costosos que el coste de prevenirlos. Es decir, se le indica que consiga evitar todos aquellos daños cuyo coste esperado sea superior al del coste de evitarlos. Los restantes no serían considerados generados por su actividad o no le serían exigidos en su reparación porque ello implicaría un excesivo coste y una desmotivación para prevenirlos.

En estos supuestos, el causante de los daños no asumiría ninguna responsabilidad y sería el perjudicado quien contraería el coste y el resultado del accidente. Es obvio que la inversión o gasto en prevención que no consiga evitar todos los accidentes generados por esa actividad no elimina todos los costes generados por los efectos lesivos porque no elimina todos los accidentes posibles, de manera que, si no invierte lo suficiente en prevención hasta el límite en que dicho coste sea superior al del daño esperado, asume el coste de éste y el del gasto en prevención. Pero si invierte lo suficiente, hasta que sea menos costoso socialmente que el daño se produzca, el coste no deberá indemnizarlo en aquella proporción en que finalmente se produzca. Por tanto, en pura racionalidad económica y partiendo del modelo referido el coste esperado del daño será atribuido, sin posibilidad de repercutirlo, al perjudicado. Éste, en este modelo económico, es consciente de que no va a ser indemnizado porque en ese hipotético mundo de absoluta racionalidad, sabe que nadie le va a indemnizar sus daños porque todos los causantes invertirán lo suficiente en prevención para no asumir además el daño por haber gastado en prevención menos. Y dado que si no invierte en prevención, el daño esperado será mayor, todo causante hará que el gasto social de los accidentes será el menor posible invirtiendo en prevención hasta que una unidad más de dicha cuantía supere el valor del daño esperado. Ambos daños (costes de prevención y daño esperado) se generan por la actividad del causante pero para incentivar la eficiencia económica de los accidentes, el causante no responde cuando consigue desequilibrar la fórmula referida. Si no lo consigue, asume el coste total, aunque sea ineficiente, pero si consigue reducir ese coste, los costes del daño esperado se atribuyen al perjudicado. Las reglas estarían claras. Lo que no parece tan claro es si esto es posible, si en realidad hay tanta seguridad como el análisis económico refiere y sobre todo que tal sistema tenga un efecto preventivo sobre la responsabilidad civil.

Pero quizás lo que más incertidumbre produce es si realmente esto supone una eficiencia económica en términos, exclusivos, de costes sociales. Ya hemos indicado

que si  $B < L \times P$  el causante responde; pero si  $B > L \times P$  el causante no responde y el coste del accidente (el daño esperado en el porcentaje en el que el daño termine aconteciendo) recaería sobre el perjudicado.

Deberemos reconocer que claramente en los accidentes unilaterales y, posiblemente también en gran parte de los bilaterales, el perjudicado carece de información alguna sobre los riesgos a los que sus intereses son sometidos por parte del causante, o cuando menos, la información asimétrica es muy relevante. Obviamente, el perjudicado, en los accidentes denominados “unilaterales” carece de mecanismos de imputación del daño –nada ha podido hacer en la causación o sus medidas son irrelevantes- ( en los bilaterales, tampoco puede hacer nada para evitar la imputación del daño que se haya atribuido al causante, en su caso –del que ya se habrá reducido el atribuido a la víctima-, y desde luego al garante, si existía), por lo que la única alternativa que le resta es gestionar el riesgo que el causante le atribuye como residual del coste de prevenir que habrá reducido en el porcentaje procedente hasta hacer el daño esperado de un valor superior al coste de prevenir el accidente.

El sistema más adecuado para gestionar un riesgo, especialmente para quien no lo controla e incluso lo desconoce, es la contratación de un seguro, que suponiendo que pudiera realizarse sobre los daños esperado, su prima debería calcularse en función de la suma asegurada y del riesgo de daño. Por tanto, su fórmula sería la de  $L \times P$ . Con ello, obtendríamos la prima técnica, pura o de riesgo. Como la entidad aseguradora no tendrá control alguno, al igual que el perjudicado, sobre la actividad de la que deviene el riesgo al que se somete el perjudicado-asegurado, puede que llegue a realizar cálculos de probabilidad erróneos que, en términos de gestión diligente de riesgos debería impolcar una prima superior a la del daño inicialmente esperado, para permitir asegurar la cobertura de los riesgos que terminen realizándose.

Pero incluso, aunque los términos del modelo fueran exactos y pudiéramos racionalizar completamente las conductas de los involucrados, incluyendo a la compañía aseguradora que habría de asumir, en su caso, el coste del siniestro, se añadiría un plus para convertir la prima técnica en prima comercial que incluyera todos los gastos de gestión y, en su caso, el beneficio de la entidad<sup>394</sup>. Cuantificado en el

---

<sup>394</sup> Véase sobre el cálculo de las primas y los sobrecostes que incluye la prima comercial en los supuestos de tarificación a priori en Bousoño Calzón, C., Heras Martínez, A., Tolmos Rodríguez Piñero, P., *Factores de riesgo y cálculos de primas mediante técnicas de aprendizaje*, Madrid 2008, p. 19 y ss.



precio de la prima comercial, el coste de gestión del riesgo –desconocido y no evitable– por parte del perjudicado, sería superior al coste del daño esperado y con ello haría ineficiente la utilización de los incentivos referidos en cuanto suponen una mayor carga social que la atribución de dicho coste a quien genera, conoce la información y puede en términos mucho más eficientes gestionar esos riesgos. Por tanto, el propio análisis económico realizado es inadecuado porque sólo tiene en cuenta determinadas variables y simplifica el modelo, pero obvia la asimetría informativa entre el causante y el perjudicado y el coste de gestión de riesgos que tiene que realizar este último si se hace suya la responsabilidad, dado que el riesgo no puede ser identificado por quien lo va a sufrir. Por tanto, el sistema referido no previene tampoco menores costes de los accidentes..

Por ello, en todo caso, el coste de prevención más el coste de indemnización del daño esperado es siempre, en términos racionales, menos elevado que el coste de prevención más el coste del daño y el coste de asumir este último por el perjudicado. Por tanto, por muy diligente que sea la actuación del causante, la gestión del riesgo en términos globales (prevención del daño e indemnización del daño esperado) es siempre menos costosa socialmente que el traslado del daño al perjudicado y los costes de gestión que esto provoca, por muy bajos que estos fueran. El causante gestiona el riesgo y si puede calcular la relación entre la prevención y el daño esperado puede gestionar mucho mejor este último que el perjudicado, lo que se produce claramente en accidentes unilaterales. La mera existencia de la asimetría informativa provoca ineficiencias en la gestión del riesgo que se subsanan si la misma es asumida por quien lo genera y puede decidir si invierte más en prevención o asume el daño esperado por ser éste más barato.

A ello se añade la falta de consistencia de la función de reducción de los costes sociales de los accidentes a la institución de la responsabilidad civil. Como ya se ha dicho<sup>395</sup>, de manera contundente pero necesaria, no parece asumible atribuir funciones de ingeniería económico-social a una institución tan básica, y de aparente estructura sencilla como esta, lo que lleva a acudir a otras instituciones como las sanciones o la equidad<sup>396</sup> para compensar determinados supuestos. El Análisis Económico del Derecho

---

<sup>395</sup> PANTALEÓN, F., “Comentarios al artículo 1902 Cc.”, en VVAA., *Comentario del Código Civil...*cit., p. 1971 y ss.

<sup>396</sup> Así lo propone, SMITH, H.E., “An economic analysis of Law versus equity”, 2010, disponible en [http://www.law.yale.edu/documents/pdf/LEO/HSmith\\_LawVersusEquity7.pdf](http://www.law.yale.edu/documents/pdf/LEO/HSmith_LawVersusEquity7.pdf), al afirmar que la equidad permite compensar aquellos supuestos en que el ordenamiento permite el oportunismo.

no está utilizando la responsabilidad civil para reducir los costes de los accidentes sino que está utilizando la eficiencia económica como instrumento para justificar el traslado de los efectos lesivos del causante al perjudicado. Está reduciendo el impacto de los accidentes, no a la sociedad, no a la víctima o al perjudicado, sino al responsable de los mismos, si dichos efectos lesivos recaen sobre alguien distinto. No está disminuyendo los costes de los accidentes de las actividades peligrosas sólo los está trasladando, externalizando fuera de los costos de esas actividades.

Incluso, como veremos posteriormente, es posible, que un incremento de los gastos de prevención haga a estos inviables respecto del daño esperado, lo que equivaldría a decir que si evitar el daño es más costoso que el que acontezca, que el riesgo se realice y, en términos inexplicables de dicha regla, que sea asumido por el perjudicado. Todo sería, teóricamente, en pro de la maximización económica. No obstante, si las denominadas reglas de propiedad (atribuyen la titularidad del derecho a un sujeto y la privación sólo puede producirse mediante un precio) no se pudieran aplicar, serían asumibles, incluso necesarias, las reglas de responsabilidad (cuando se destruye un derecho y se ha de abonar por él el valor que se determine objetivamente)<sup>397</sup>. De nuevo, la cuestión sería si la responsabilidad desaparecería y el coste del accidente, el daño esperado, lo asumiría el perjudicado. No hay razón a priori, y mucho menos como paradigma, que el daño causado tenga que soportarlo el perjudicado y no quien lo causa por el mero hecho de que sea más barato que el daño acontezca a que se evite. Lo asuma el causante o el perjudicado, el coste de la lesión no se modifica.

Por otro lado, también implica cierta patología del modelo, el hecho de que los costes de prevención sean susceptibles de reducirse provocando unos incentivos inadecuados en quien gestiona tanto el riesgo lesivo como la prevención. Nos referimos a los supuestos en los que una inversión en innovación puede provocar una reducción sustancial de los costes de prevención porque haga mucho más segura la actividad reduciendo el daño esperado de manera tan sustancial que el volumen de costes sociales sea inferior al existente en el óptimo sin esos gastos.

---

<sup>397</sup> Sobre la consideración de ambas reglas en el análisis económico del derecho, véase Calabresi, G. y Melamed, A.D., "Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral", *Harvard Law Review*, april 1972, volumen 85, número 6, p. 1089 y ss, disponible en Yale Law School Scholarship Repository.

El aspecto menos justificado es la razón por la que llegado el óptimo de costes de prevención, el coste esperado debe ser asumido por el perjudicado. El que lo asuma uno u otro ni modifica el total de los costes sociales (salvo en lo referido a los costes de gestión del daño por la víctima, cuando no se asumen los costes de indemnizar por el causante) ni modifica los incentivos siempre que el legislador pueda alinear el deber de cuidado con dicho óptimo. Y no se justifica porque si se reconoce que, en todo caso, en el que no se llega a ese óptimo el causante ha de indemnizar es porque el daño existe con relevancia jurídica (menoscabo de un interés al que el legislador a forzar la indemnización, dispensa protección). Si esto es asumido es porque la lesión se produce sobre algún bien al que el legislador le reconoce cierto valor (aunque sea en términos puramente económicos) puesto que, si se daña, ha de repararse. Ello implica una asunción de tutela por el sistema jurídico a los intereses afectados (si se lesionan en determinadas circunstancias se han de reparar por quienes lo lesionan). Por tanto, hay intereses (los que se determinen en cada ordenamiento) sobre los que recae la protección derivada del reconocimiento a su titular de un derecho a la indemnización para compensar su pérdida cuando esta es causada por un tercero que no satisface determinados parámetros de eficiencia económica. Si reconocemos la protección del interés (al menos en términos de si lo dañas, siendo ineficiente, lo pagas) esa tutela es un prior a la lesión. Y si existe una tutela previa a la lesión, existe también previamente al riesgo realizado y también al óptimo de prevención desarrollado por el causante –si no hay protección, mediante reglas de responsabilidad, no tendría sentido la prevención para llegar a reducir los costes de los accidentes porque no habría daños que se podrían genera- no es asumible porqué se retira dicha tutela ante una lesión, aunque la misma se genere bajo parámetros de eficiencia económica. Podríamos aventurarnos, como alternativa, a afirmar que el pago, cuando no se obtiene el óptimo de prevención, es una especie de castigo al causante por no ser eficiente pero esto obviaría que la eficiencia se mide en términos económicos en los que uno de los parámetros es el coste esperado y para poder calcular éste tenemos que saber, siempre, el valor del daño que se determinará por el valor del interés susceptible de lesión, lo que es un post.

Si la tutela es apriorística, como premisa previa a la indemnización, tiene que existir una clara justificación para retirar dicha tutela a favor del causante del daño al que no se le obliga a repararlo. Si el ordenamiento protege determinados intereses ha de explicarse la razón por la que su vulneración se pone en manos del causante, quien si

actúa eficientemente no tendría que responder. Por tanto, parece que una regla de propiedad cede a una regla de responsabilidad cuyo condicionamiento se sitúa en la eficiencia social de la lesión. En realidad, con esta atribución del efecto lesivo, a quien se está tutelando es al causante y de esto no se da razón alguna.

Si el causante genera daños con su actividad, aunque haya logrado el óptimo de prevención, estamos en una situación negativa socialmente, puesto que no hay razón inicial para que existan esos costes sociales. Antes de una actividad lesiva, no existen costes de prevención ni de daño esperado. Tras la actividad aparecen dos costes, los de prevención y los del daño esperado, lo que implica un coste social inexistente antes de que el causante desarrollara su acción. Si permitimos la actividad lesiva y atribuimos el daño a la víctima estamos ante un juego de suma cero<sup>398</sup>, porque las pérdidas se han asignado al perjudicado como resultado de dicha actividad, beneficiando al causante que no ha de soportar dicho coste. Si ambas partes pudieran negociar dicha situación, en términos del Teorema de Coase, obviamente no llegarían a esa conclusión y la víctima exigiría una indemnización para compensarle de la privación de los daños ocasionados por la actividad del causante. Sería el precio que restituiría a la víctima a la misma situación (en términos económicos), previa a la lesión y la reparación, desde un punto de vista económico. Sólo podría justificarse si la actividad desarrollada además de eficiente, en términos de costes de accidentes, es también eficiente en términos globales incluyendo no sólo los costes de los accidentes sino los beneficios que genera en la sociedad<sup>399</sup>.

Por ello, la única razón para excluir el coste de la indemnización y obtener un resultado positivo y no un mero juego de suma cero es que la actividad, a través de la externalidad consiga mayores beneficios que los perjuicios generados. En este caso, y sólo en este, está justificado que la propia actividad lesiva genere beneficios superiores a los costes totales que no asume. En ese caso, la sociedad puede promover o proteger estas actuaciones de suma no nula por la ganancia neta que generan. No obstante, ello no modifica, en absoluto la función de la responsabilidad civil y, a nuestro juicio, es una cuestión que debe integrarse en sede de negligencia. En ningún caso, puede aceptarse

---

<sup>398</sup> Nash, J, "Non cooperative games", *Annals of Mathematics* nº 54, 1951.

<sup>399</sup> El Teorema de Coase defiende la reasignación de los derechos hacia aquellos que los valoran más, lo que se produciría en un mercado con costos de transacción bajos. Para esa reasignación, como dice Coase "Sería deseable que las únicas acciones desarrolladas fueran aquellas en que lo que se ganase tuviere un mayor valor que lo que se perdiese". COASE, R.H. "The Problem of Social Cost", 1960, *Journal of Law and Economics*". Traducción "El problema del Costo Social", *Estudios Públicos* Nº 45, 1992.

una imputación del daño al perjudicado porque el causante haya cumplido con el óptimo de prevención. Esa razón es necesaria pero no puede ser suficiente para alcanzar la justificación, ni siquiera aunque la función de la responsabilidad civil fuera la de maximizar económicamente las situaciones lesivas.

Una actividad que produce suma negativa no puede justificarse porque el causante consiga el óptimo de prevención. Lo más eficiente socialmente es hacerle soportar el coste y que, en su caso, su ineficiencia no se socialice o externalice integrándolo en el coste de su actividad y determinando, en su caso, si es o no rentable para su titular. Si internalizamos y la actividad no es rentable porque el coste del daño esperado la ha hecho ineficiente, estaremos también en juegos de suma nula pero provocará un efecto preventivo en la conducta del causante, ya que cesará, o disminuirá, su actividad reduciendo los costes de los accidentes y con ello los costes sociales. Si por el contrario, hacemos dicha actividad rentable, a través de la externalidad del daño esperado, estaremos en juegos de suma cero entre el causante y el perjudicado pero en juegos de suma negativa con carácter social, comparando las situaciones anterior y posterior a la actividad. Sólo habría suma cero, en estos casos, si existe un  $N+1$  que asume el beneficio extra pero, en ese caso, en el que un tercero asumiera el beneficio de la externalidad, este por el enriquecimiento debería compensar al perjudicado<sup>400</sup>.

El hecho de que una actividad no esté prohibida, no quiere decir que se acepte su lesividad. Si la actividad puede lesionar entonces la lesión estará permitida pero para ello es necesario un criterio que autorice el daño. De lo contrario, toda permisión de una actividad lesiva legitima el daño y no requiere de prevención. Por tanto, el interés susceptible de ser dañado está tutelado y la actividad no esta legitimada para dañar aunque su titular tenga permiso para realizarla. Si permitimos una lesión tiene que encontrarse justificada (económicamente) en un resultado mínimo de suma cero. Resultados de suma no nula no pueden ser aceptados con criterios de eficiencia económica. Si una actividad no genera beneficios sociales y produce daños esperados es una actividad de resultados no nulos. Por ello, siempre en términos económicos, la actividad puede permitirse pero nunca autorizarse su lesividad. Si por el contrario la

---

<sup>400</sup> Véase el trabajo de Von Neumann, J. y Morgenstem, O, "Theory of Games and Economic Behavior", Princeton University Press, núm 1944, también Theory of Games and Economic Behavior (Princeton Classic Editions) 2007, en el que cuando un juego de suma no cero para dos jugadores termina siéndolo para un  $n+1$  jugadores, en el que el jugador nuevo (+1) asume la ganancia o pérdida que equilibra la ecuación y convierte el resultado final en cero.

lesividad se basa en la existencia de un resultado final igual a cero, bien porque el daño se compense con beneficios para el causante o bien porque haya un beneficio del que no participan ni el causante ni el perjudicado pero si la sociedad, se puede encontrar un fundamento a la lesión, a través de una norma de configuración de la actuación lesiva del causante por preponderancia de un interés y ello se puede producir en tres supuestos: a) el del fomento de la actividad de este último; b) el del beneficio individual de un tercero; c) o del beneficio social que ello acarree aunque el juego sea de suma negativa para las partes.

Dejaremos el supuesto a) para un tratamiento posterior en sede de negligencia puesto que a nuestro juicio y en la construcción que hemos realizado sobre la responsabilidad civil, allí corresponde su análisis. Respecto de los supuestos b) y c) son claros casos de preponderancia de un interés en los que el respeto del interés lesionado, inicialmente tutelado, se cesa en su protección por la existencia de otro interés de mayor prevalencia. Este interés superior puede ser de titularidad privada o de titularidad pública (y en estos últimos casos la preponderancia se justifica en un beneficio para el colectivo, en términos, aunque no necesariamente económicos, de interés social). En ambos supuestos, que se corresponden con los casos, normalmente regulados, de estado de necesidad y de expropiación, respectivamente, el beneficiario, equilibra la situación del lesionado a través de una indemnización por sacrificio<sup>401</sup> pero en esos casos no importa la eficiencia del gasto en prevención puesto que el daño está autorizado y el causante puede legítimamente actuar con los efectos lesivos sin que el titular del interés, el perjudicado, pueda oponerse. No ha de medirse la prevención o el daño esperado sino el beneficio que se va poder obtener con la lesión. Esa situación provocará un juego de suma cero, y permitirá al perjudicado resarcirse con una suma equivalente al beneficio obtenido en cuyo favor se ha causado el daño sea porque se ha utilizado su interés para salvaguardar otro que estaba en peligro y el daño no es mayor al que se trataba de evitar (estado de necesidad)<sup>402</sup> o bien porque el interés lesionado se ha acordado por un

---

<sup>401</sup> Sobre las indemnizaciones por sacrificio MEDINA ALCOZ, L., *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo. Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema*, Cizur Menor (Navarra) 2005, p. 183 y ss. Normalmente estas indemnizaciones se incluyen en sede de responsabilidad civil pero caen fuera de su ámbito como referiremos posteriormente, aunque el fundamento es la justificación en la lesión.

<sup>402</sup> Sobre el estado de necesidad y la reparación que conlleva puede citarse nuestro art. 118.3º CP: 3.º “En el caso del número 5º (se refiere a los supuestos de exención de la responsabilidad penal porque “El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber....) serán responsables civiles directos las personas en cuyo favor se haya precavido el mal, en proporción al perjuicio que se les haya evitado, si fuera estimable o, en otro caso, en la que el

interés social común (indemnizaciones por sacrificio, a raíz de la satisfacción de intereses colectivos, como acontece con la expropiación forzosa)<sup>403</sup>.

En el resto de supuestos, incluidos los referidos al fomento o promoción de determinadas actividades, que puedan resultar beneficiosas en términos sociales, la lesión no está permitida y un trasvase de los daños esperados por los riesgos generados por el causante de éste al perjudicado puede generar sumas no nulas entre las partes de la relación (salvo el supuesto de actividades que generen beneficio que pudieran compensar los costes de los accidentes) por lo que, en términos de eficiencia económica, es el causante el que debe internalizar esos costes, lo que le motivará a realizar conductas racionales. Obviamente si el coste neto termina siendo negativo cesará en la actividad eliminando los juegos de suma no nula, lo que no tendrá porqué hacer si el coste del daño esperado lo asume el perjudicado, porque aunque el coste neto sea no nulo para el causante puede ser cero o positivo.

Otro problema metodológico se encuentra en que, en todos los estudios del Análisis Económico del Derecho, se parte de una premisa en el análisis y es de la existencia de un “causante” o “injurer”. Posteriormente se analizan los costes de su conducta y de los efectos desplegados por ésta. Esto es una falacia de “petición de principio” puesto que lo relevante, para la responsabilidad civil, es determinar quién es el causante del daño (quien con su actividad ha generado el efecto lesivo y, por tanto, habría de imputársele). Partir de una premisa así es engañoso, pero termina por volverse contra el error fundamental de esta construcción. Si el “causante” es todo aquel sobre el que se estudia su conducta para analizar si es eficiente o no en cuanto a los costes generados por su actuar, entonces traer la “culpa” como criterio para asignar la condena implica que dicho criterio no está en la causación, en la imputación objetiva del resultado, sino que tiene un papel posterior. Ello justifica una afirmación que se argumenta en este trabajo en el que defendemos que la culpa no imputa el daño sino que sirve y tiene por finalidad, en la responsabilidad civil, exonerar de la condena a determinados causantes. Estos causan la lesión derivada de los riesgos que gestionan pero cargan sobre los perjudicados los efectos de los riesgos realizados, a pesar de ser

---

Juez o Tribunal establezca según su prudente arbitrio”. Puede verse sobre el estado de necesidad el art. 7:101 de los PETL

<sup>403</sup> Sobre estos supuestos sirva de referencia la Ley de Expropiación Forzosa de 17 de diciembre de 1954 en la que se legitima, por utilidad pública o interés social, la privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos. (art. 1). Sobre la materia puede verse GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Principios nueva Ley Expropiacion Forzosa*, Cizur Menor (Navarra) 2007.

antijurídicos. La culpa es una herencia del Derecho Penal, al que iba claramente ligada la responsabilidad civil<sup>404</sup>, y en especial en relación con la clásica teoría causal de la acción<sup>405</sup> que se corresponde con un sistema preventivo de conductas sobre las que se vierte un desvalor de la acción, ajeno a la intención del sujeto, y al margen del desvalor del resultado. Afirmar que todo daño se lo queda el titular del interés jurídico lesionado salvo que haya una buena razón para trasladarlo<sup>406</sup> está pensando en el causante como un sujeto que sólo debe soportar las consecuencias de su culpa. Sin embargo está obviando que el causante genera sus propios riesgos y que si él los controla, aunque lo haga eficientemente o sin desvalor por el Derecho, los riesgos comportan, en todo caso, una probabilidad de realizarse que no puede trasladarse al perjudicado sin una razón para ello. Si apartamos la responsabilidad civil de la negligencia (aunque en términos generales, la culpa o negligencia sean elementos para la condena en todos los ordenamientos), si la separamos del reproche al actuar del causante, no se puede asumir porque éste puede externalizar y atribuir el daño fruto de los riesgos por él gestionados a un perjudicado, ajeno a dicha gestión<sup>407</sup>. El riesgo no es del perjudicado y, por ello, no es comprensible, el porque si el riesgo se realiza, si la probabilidad en que consiste el riesgo originario se hace certeza, ésta se traslada. Es un enfoque que nos sitúa en una posición de legitimación para la lesión, cuando ésta se causa diligentemente, y esto no se soporta en norma alguna. El daño sigue siendo no aceptado por el ordenamiento y permite al perjudicado, si puede, autotutelarse. Esta metodología yerra en su estructura y en sus consecuencias, además de en su modelo, pero nos permite ver errores en el papel que juega la culpa que son esenciales para comprender el déficit que el silogismo ha tenido en la configuración de la responsabilidad civil y en la constitución de la obligación indemnizatoria. Del mismo modo que razonan los teóricos del Análisis Económico del Derecho lo ha hecho la doctrina tradicionalmente: si hay diligencia, el daño lo soporta la víctima. Esta análisis economicista nos permite ver que lo relevante ya no es evitar daños sino maximizar los accidentes promoviendo actuaciones de

---

<sup>404</sup> PARISI, F., "The Genesis of Liability in Ancient Law", en *American Law and Economics Review*, Vol. 3, No. 1, Spring 2001, disponible en [http://ssrn.com/abstract\\_id=229692](http://ssrn.com/abstract_id=229692)

<sup>405</sup> Véase sobre la teoría causal de la acción, LUZÓN PEÑA, D.M. Lecciones de Derecho Penal. Parte General, Valencia 2012, 2ª ed., p. 128 y ss.

<sup>406</sup> PANTALEÓN, F., "Como repensar la responsabilidad civil extracontractual..cit, p. 5 y ss..

<sup>407</sup> HOYA COROMINA, J., "Hacia una visión integradora de la responsabilidad civil. Las reformas administrativas en la circulación vial. Un primer paso hacia el cambio...cit., p. 438, afirma que "los medios de prevención se imponen con el fin de evitar las lamentables consecuencias que diariamente se producen, y ello únicamente puede obtenerse por medio de la implicación de todos los partícipes en las actividades generadoras de riesgo, por medio de su vinculación patrimonial al resultado, como único medio de limitar la realización de conductas imprudentes desencadenantes de los citados daños".



óptimos en prevención, que justificarían la atribución de los costes al perjudicado, lo que, sin duda, motivan a los causantes a continuar con sus actividades al poder externalizarlos, aunque la actividad sea exclusivamente lesiva y no genere rendimiento alguno. Por tanto, no hay que evitar daños sino sólo evitar producirlos sin eficiencia económica. Es decir, con esta interpretación sobre el peso de la culpa, el mensaje no es “no dañes” sino “no dañes con culpa”. Pero la tutela es sobre un interés determinado y dicha tutela no decae aunque la actuación del causante sea diligente. Por ello, este instrumento para exonerar necesita de una cobertura que legitime eximir al causante del daño generado.

Otro severo problema del Análisis Económico del Derecho es que en los estudios realizados sobre los costes de los accidentes no hay sitio para el examen de las omisiones. No entendemos si ello es debido a su asimilación (errónea) con los supuestos de los causantes, o por un intencionado olvido en el modelo construido, dados los problemas que dicha figura plantea para contrastar los resultados que esta metodología vierte como fruto de su razonamiento sobre la eficiencia y los incentivos que acontecen en la institución indemnizatoria.

Cuando la norma obliga a algún sujeto a evitar un daño, le encomienda una tutela especial, legitimando su intervención en un curso causal extraño con la finalidad de proteger algún interés y preservarlo frente alguna acción lesiva externa que ni tan siquiera tiene porqué proceder de un tercero<sup>408</sup>. El garante, obviamente, debe poder y tener capacidad de actuar así como de actuar conforme a varias alternativas (omitir el deber o cumplirlo). Su actuación exigirá un deber objetivo de cuidado que estará en función del rol y de las capacidades del garante. Por ello, si el garante no desplegó dicho deber de cuidado se le hace responsable. Pero por el contrario, si no pudo hacer más y cumplimentó el cupo de diligencia exigible no es posible hacerle corresponsable del daño generado de manera ajena puesto que sus capacidades y posibilidades se cumplimentaron al actuar bajo el deber de cuidado reivindicado. Por ello, en todos los supuestos de responsabilidad del garante, la existencia de la negligencia es presupuesto ineludible a salvo aquellos supuestos de normas en las que el legislador impute una

---

<sup>408</sup> El administrador de una sociedad no sólo debe evitar lesionar los intereses sociales sino que debe protegerlos aún cuando la lesión la vaya a producir un tercero o incluso una fuerza natural externa a la acción humana.

responsabilidad a quienes no pudieron hacer nada para evitar el daño, pero ahí o el legislador yerra en la regulación o no estamos en el marco de las conductas omisivas.

Si el garante requiere ineludiblemente de la negligencia para ser condenado, excluyendo por tanto los casos de responsabilidad objetiva, el análisis económico del derecho, defendería –de haberlo hecho alguna vez- que si llega al óptimo del coste de prevención, sería mucho más eficiente que el daño acontezca a que se sigan incrementando los costes de prevención. Es decir, de seguir esta construcción o modelo como paradigma de la eficiencia económica estaríamos justificando la exención del garante por ser su actuación más eficiente. Ya hemos afirmado que la responsabilidad del garante sólo puede darse –salvo una norma que se contradiga a sí misma- si hay negligencia en su actuar –el deber de hacerlo exige la capacidad de poder cumplir con el mandato-. Sin embargo, aplicar aquí estos parámetros obviaría que los costes de prevención del garante, si seguimos el mismo modelo, fueran los que fueran, son siempre en términos económicos, ineficientes puesto que se sumarían a los ya generados por el causante. A ello se añade que el garante no obtiene, en principio, ningún beneficio lícito en la generación del daño, por lo que la omisión de ser negligente no compensa beneficios sociales en relación con la conducta del garante. De hecho, la posición del garante estará dispuesta en virtud de la consideración del legislador (que no tiene porqué ser eficiente, ni tan siquiera pretenderlo), sobre la importancia de los intereses a tutelar. A mayor relevancia de estos, más justificada estará la posición del garante y su exigencia.

El garante suele implicar un plus de recursos puestos en la protección del interés del perjudicado, al que está obligado a tutelar. Su responsabilidad suele depender de su actuar cuando los riesgos ya se han generado por el causante, pero si, a pesar de su negligencia, el daño no acontece no habrá responsabilidad ni de él ni del causante. Si el daño no acontece por su actuar, conforme a lo exigido, tampoco responderá pero evitará la responsabilidad del causante, aunque este fuera absolutamente negligente o no llegó a alcanzar el óptimo de prevención (incluso aunque actuara así conociendo que su responsabilidad podría ser evitada de actuar diligentemente el garante). Si el daño acontece y existió negligencia del garante deberá indemnizar pero ello no conllevará necesariamente la responsabilidad del causante (esta será segura si había responsabilidad objetiva y de existir responsabilidad por culpa, dependerá de si alcanzó, o no, el deber objetivo de cuidado). El garante debe interrumpir el riesgo lesivo cuando

se va a producir un resultado no deseado y con independencia del coste de eficiencia que ello conlleve. Si no lo hace, soportará los efectos de la lesión. Si el coste de prevención es superior al del daño esperado posiblemente sea más eficiente para él la causación del daño pero debe tenerse en cuenta que en la construcción dogmática de la posición del garante, su responsabilidad no se mide en términos objetivos sino en términos de capacidad y posibilidad concreta de evitar el daño (el cálculo de costes se vuelve más complejo porque no es posible objetivarlo en términos de media) y además el coste es siempre un plus sobre el ya generado (aunque sea el óptimo) por el causante.

Esto último cuestiona todo el modelo del análisis económico, ya sea en accidentes unilaterales o bilaterales o ya se analice el supuesto en el que la nivel de actividad del causante incide en la responsabilidad. La conducta del causante es independiente de la del garante. La primera puede perseguir su propia eficiencia (lo que se acentúa en los supuestos de responsabilidad por negligencia al permitir la externalización de determinados costes) pero la segunda tiene claramente una función, la de tutelar los intereses del perjudicado. La configuración normativa de un garante implica destinar unos recursos a la protección de dichos intereses – los del perjudicado– que desvirtúan la finalidad de reducción de los costes sociales. Es posible que dicha atribución suponga la ruptura de cualquier análisis económico de maximización de los recursos pero es una opción de política legislativa. Es posible que de ahí provenga el olvido en su estudio, porque el rol del garante desvirtúa el análisis económico, como modelo de análisis de la reducción de los costes de los accidentes. La inclusión de tuteladores externos de los intereses protegidos implica unos costes añadidos que no consideran la eficiencia de la institución. Siguiendo el modelo económico clásico, si el causante respetara el óptimo de prevención (supongamos que desconoce la existencia de un garante) conseguiría maximizar los costes de los accidentes (siempre, como venimos defendiendo, que el coste final del accidente sea imputado a quien le supone menos costes en su gestión que es el causante, no por su capacidad de distribución sino por la gestión del riesgo que puede realizar en base a la información asimétrica de la que dispone) invirtiendo en el óptimo de prevención. Añadir a cualquier tercero en el proceso causal con la finalidad de reducir o evitar el daño esperado es siempre un sobre coste que hace ineficiente su actuación. Por lo tanto, la inclusión de un garante implica un sobre coste que se justifica en una sobreprotección, intencionada, del interés a

tutelar y que hace quebrar la referida función preventiva de costes del accidente por mandato y voluntad del legislador.

No puede pretenderse, a menos de *lege lata*, una función de eficiencia económica cuando el legislador establece estas posiciones cuya única finalidad es proteger, sin reducción a la eficiencia económica, los intereses tutelados. La función del garante no se cubre cuando el causante ha llegado al óptimo de prevención sino cuando ha cumplimentado con su deber objetivo de cuidado y ha reducido, en el marco de las posibilidades y capacidades exigidas en su rol, el daño esperado. Se produce un sobre coste de supervisión, innecesario en una actuación racional del causante que habría obtenido un óptimo de prevención previamente. La supervisión actúa precisamente porque dicho óptimo no se obtiene o porque, aunque pudiera obtenerse, el ordenamiento exige al garante, como fundamento, la protección de los intereses (reducir el daño esperado), aunque por su propia actuación sea ya, por su naturaleza externa al causante y en un modelo económico racional, una sobreprotección que consume recursos e incrementa costes de prevención.

En definitiva, si se traslada el efecto lesivo al tercero, por la diligencia del causante, se generan externalidades que como tales no se integran en el coste que soporta quien genera los riesgos, lo que implica también una ventaja de este último en perjuicio de otros sujetos que pudieran hacer suyos dichos costes frente a otras actividades que puedan tener un régimen de responsabilidad objetiva, o que no pudieran medir a priori el óptimo de prevención o que moralmente no puedan aceptar esa solución (más accidentes a cambio de menores costes). Claramente los que internalizan el coste de los accidentes están en desventaja frente a aquellos que no lo hacen, aunque ambos se guíen por idénticos incentivos. Si no interiorizamos esos costes, los causantes que los exterioricen terminarían siendo más eficientes elevando los costes de prevención previstos por encima de los del daño esperado, con independencia de la magnitud sumatoria de ambos, frente a aquellos que pudieran reducir el montante total de ambos. La eficiencia, en todo caso, no está en reducir los costes de del causante sino en reducir los costes de los accidentes y ello sólo se produciría interiorizando todos ellos en el causante. La responsabilidad civil puede tener varias funciones pero no parece que sea defendible, en nuestro ordenamiento, ser un instrumento para premiar la diligencia en la gestión de riesgos o para castigar su ausencia. Los ejemplos que hemos expuesto en contra de esta construcción son ilustrativos de las fallas de la construcción de esta

metodología. La responsabilidad civil no pretende reducir los costes de los accidentes, sencillamente, porque no puede hacerlo con la construcción actual, pero sobre todo porque tampoco desea hacerlo y por ello prevé una consecuencia jurídica, la indemnización, equivalente al valor del daño causado. Su función no es evitar los daños sino evitar la desprotección del interés jurídico al que tutela.

iii) Problemas de integración del análisis económico en la estructura dogmática de la responsabilidad civil.

La relevancia de la antijuridicidad se produce, esencialmente, porque a quien se atribuye el resultado lesivo carece de legitimación alguna para causarlo. El perjudicado se ha visto dañado en alguno de los intereses para los que el legislador le ha dotado de tutela jurídica y frente a cuyo ataque había podido defenderse protegiendo el interés finalmente perjudicado. Si utilizamos un análisis económico del Derecho, en el que se marca como objetivo minimizar los costes sociales<sup>409</sup>, como suma de los costes de cuidado y de los costes derivados del accidente del que dimanen los daños de cuya reparación trata la responsabilidad indemnizatoria estaremos obviando y legitimando daños eficientes. Esta posición metodológica parte de una premisa normativa errónea consistente en que el ordenamiento tiene como objetivo dicha reducción, lo que además de presuponer exclusivamente objetivos economicistas en el legislador, incurre en la contradicción, de imposible solución, de entender que la meta de la reducción de los costes sociales de los accidentes se puede obtener a costa de la supresión o extinción de determinados derechos a los que el propio legislador ya, previamente, les ha reconocido protección, como objetivo del propio sistema jurídico.

Carecería de sentido alguno que el legislador otorgara protección a unos determinados intereses jurídicos, derechos, o incluso bienes jurídicos, pero los mismos quedaran sometidos, en su supresión o restricción, a un análisis económico sobre el coste social de su afectación. La protección sería siempre condicional y a disposición de los terceros, puesto que la disponibilidad del deterioro sólo dependería de que su evitación, prevenir su destrucción fuera más costoso que evitarlo. Esto supondría dejar la protección de los intereses, derechos o bienes jurídicos a los que se dispensara protección a un supuesto interés general preponderante, a disposición del resto de

---

<sup>409</sup> SHAVELL, S., "Economic Analysis of Accident Law...cit., p. 10.

sujetos, privados públicos, del azar y de los costes de los procesos de evitar la lesión o del propio bien. En definitiva, los intereses que pudiéramos calificar de jurídicamente protegidos –dado que su lesión motiva la responsabilidad civil- terminarían por no serlo al quedar su protección a dispensa de que la misma, la indemnización fuera más barata que su lesión y la entidad de dicha protección no estaría en función del valor del interés, derecho o bien jurídico, sino del coste para evitar su daño. Cuanto menor sea el valor del interés, menor protección aunque se trate de bienes jurídicamente protegidos, puesto que lo relevante sería reducir el importe total (como sumatorio de las dos entidades referidas) del coste social de los accidentes lo que haría superfluo, o cuando menos condicionado, la protección de los intereses, derechos o bienes jurídicamente protegidos.

Evidentemente, siempre podrán alegarnos que obviamente los derechos, y con mayor razón los intereses, no son ilimitados y que por tanto pueden ser suprimidos. Es cierto, el sistema contempla, como se indicará posteriormente, una prelación social y legamente aceptada de intereses, derechos o bienes jurídicos pero la supresión o menoscabo de ellos sólo puede justificarse en la existencia de un interés superior a todos ellos, y no se reconoce, en nuestro ordenamiento, a la eficiencia económica como un bien jurídico superior y de máxima tutela. Por ello, el daño es antijurídico o no. Sólo si no tiene tal condición puede ser lesionado, mermado o destruido. Para determinar ese estatus, no tenemos que buscar la culpa o los costes de ese fundado ataque sino la existencia de la legitimidad que autoriza al autor a lesionar o menoscabar el interés, el derecho o el bien jurídico, inicialmente protegido. Y en esos supuestos, y sólo en esos, ya no estamos ante un problema de costes sociales sino de intereses sociales predominantes. Ahí, y sólo ahí, el legislador ha otorgado una posición de prevalencia y permite, legitima la lesión. Son las causa de justificación del efecto lesivo y es el legislador, y no el azar o el mercado de bienes y servicios, el que determina las consecuencias.

Es erróneo, por tanto, pretender otorgar una absoluta superioridad jurídica, reguladora de las relaciones en el marco de un sistema jurídico, al paradigma de los costes sociales si ello no ha sido interiorizado por el legislador y sobre todo si no se ha expresado en una norma, porque contradice el resto del ordenamiento. El legislador sí somete a los intereses, derechos o bienes jurídicos a límites franqueables pero lo hace con una finalidad concreta, justificable y además, cuando autoriza a ello concede que su titular sea compensado. La afectación en estos supuestos es legítima a cambio claro de

ser sometidos a un interés superior (el interés general) y a cambio del precio del objeto de propiedad cuyo coste sufraga ese interés beneficiado por la afectación inicialmente dispensada del derecho afectado. Si el interés general se apoyara como paradigma en la reducción de los costes sociales al máximo, carecería alguna de sentido indemnizar el interés particular de un bien o derecho.

La responsabilidad civil puede tener una única función preventiva de conductas lesivas pero para ello tiene que reunir dos elementos. Primero, la amenaza de la imposición de la condena resarcitoria tiene que ser susceptible generar conductas alternativas y para ello el causante tiene que tener la capacidad y la posibilidad de actuar de manera distinta a la derivada de la causación de la lesión. Por tanto, la prevención sólo jugaría cuando un sujeto puede actuar de manera diferente no causando o evitando el daño. Eso implica capacidad e imputabilidad de la acción al sujeto. Por ello, esta responsabilidad civil sólo podría actuar antes sujetos imputables y supuestos de clara responsabilidad por culpa en la actuación de terceros en que exista un reproche a quien se hace responsable por el actuar ajeno (lo que excluiría a los supuestos en los supuestos de responsabilidad vicaria en que el responsable ocupa una mera posición jurídica de la que dimana la responsabilidad, con independencia de su conducta). Y segundo, la consecuencia jurídica debería tener alguna relación de proporcionalidad con la gravedad de la conducta a prevenir. No es susceptible imputar todo o nada en función del resultado final, con independencia de si el reproche es muy leve o grave. En la responsabilidad civil, el único criterio una vez atribuido el daño a una conducta lesiva, se hace en su totalidad y no en relación al peligro dimanante del riesgo puesto en funcionamiento por el causante.

Por todo ello, no parece óptimo tratar de asentar la responsabilidad civil por criterios puramente de cálculo de los riesgos para prevenir conductas, en cuanto incrementar de manera levísima el riesgo de exposición puede implicar tener que asumir la totalidad de la indemnización y viceversa. La responsabilidad civil puede generar incentivos –claramente lo hace cuando el cálculo es susceptible de realizarse y el causante puede orientar su conducta- pero ello no implica que sirva de manera principal a ese fin.

No se acepta la lesión, lo que se asume y autoriza son actividades que conllevan el riesgo de lesión, si éste se realiza es un resultado no deseado, no conforme a Derecho

y por ello se obliga a repararlo. Cuando el legislador desea autorizar la lesión, genera una norma facultativa (o incluso imperativa) limitativa de la norma que tutela los intereses a ser lesionados, haciendo predominar un interés aunque no sea la decisión más eficiente para la sociedad, aunque a juicio del legislador tenga su justificación. Si por el contrario, no se autoriza la lesión de un interés previamente protegido pero sí una actividad que genera o incrementa los riesgos de lesión y se fijan unos parámetros para desarrollarlos, la lesión sigue sin estar autorizada por lo que el causante no tiene legitimación para atacar el interés pero se permite que no responda al mantener su conducta en el marco que delimita la norma del deber de cuidado. En estos casos, la sociedad está interesada en determinadas actividades (el tráfico rodado, las actividades empresariales, etc.) pero no permite, sino que prohíbe, que éstas lesionen. Finalmente, el daño es soportado por el perjudicado si el causante puede no llegar a responder al no ser “culpable”, pero sin que por ello se le haya facultado a la lesión. Si se le permite no responder, sólo puede aceptarse, en términos económicos, a cambio de que el riesgo se mantenga en unos márgenes aceptables porque considera que dichas actividades son beneficiosas para la sociedad.

Intentar incluir la función preventiva como fin último –en términos económicos– en el seno de la responsabilidad civil, supone una inadecuada asimilación con el derecho sancionador. Este último quiere prevenir determinadas conductas y sitúa el deber objetivo de cuidado en sede de tipicidad. Si cumples con dicho deber falta uno de los elementos del tipo y no hay pena. Esta viene a prevenir –genera incentivos– la realización del tipo promoviendo que se eviten los elementos que lo componen –entre ellos el deber objetivo de cuidado– por lo que la lesión del bien jurídico no se produce –en términos del derecho sancionador– si no se completa la realización del tipo, la pena no se produciría. La prevención se evidencia. Lo relevante es evitar la conducta típica, lo que se obtiene si hacemos coincidir el óptimo de prevención con el deber objetivo de cuidado. Cumpliendo este último el derecho sancionador pierde su esencia.

En la responsabilidad civil, por el contrario, el objetivo se pierde, al menos en perspectiva, si nos olvidamos del daño y nos centramos en el deber de cuidado del causante. Puede que la responsabilidad civil prevenga conductas inadecuadas pero lo que pretende buscar es principalmente prevenir el daño, es decir, evitar la lesión del interés que se protege. Aquí no hay, estrictamente una sanción, sino la reparación del daño causado. Si la conducta es muy reprochable puede implicar una exoneración si no



hay daño, puesto que para la condena, siempre es resultado el efecto lesivo efectivamente producido. Por ello, a nuestro juicio, el Análisis Económico del Derecho ha realizado un análisis de la institución de la Responsabilidad Civil, en términos de costes centrado en la conducta del causante, obviando que esta responsabilidad tiene un presupuesto ineludible que no es la conducta más o menos culposa sino la lesión de un interés –porque sin él no hay condena- , y que la consecuencia jurídica no tiene en cuenta, en todos sus aspectos, la conducta sino el daño y su coste. El daño es esencial y el deber objetivo de cuidado es un elemento contingente para esta institución que el legislador puede incluir, excluir, agravar o atenuar como elemento para la condena a indemnizar. El daño siempre es pilar básico y permanente que soporta la estructura de imputación y justifica la condena.

Debe tenerse en cuenta que el en el derecho sancionador incentivar el cumplimiento del deber objetivo de cuidado previene el delito y por tanto la pena – consecuencia jurídica- puede servir a dicho objetivo. El bien jurídico se protege frente a las conductas delictivas por lo que, si omitimos el delito, la pena, y con ella la institución, ha cumplido su propósito. Buscamos evitar determinadas conductas, no evitar las lesiones (al derecho sancionador una conducta sobre un bien jurídico protegido le es irrelevante si no se incluye en un tipo de los descritos legalmente). Sin embargo, en la responsabilidad civil, el deber de cuidado no tiene por objeto prevenir resultados sino evitar la condena del causante –a través de la protección de las actividades que desarrollan- tal y como hemos referido. De hecho, la inclusión de la culpa como elemento de la responsabilidad genera mayores daños en todos aquellos supuestos en los que el causante pueda externalizar ese coste y le genere beneficios. Téngase en cuenta que cuando el legislador protege un interés (no lo hace cuando permite/autoriza su lesión a través de determinadas conductas) implica que la lesión es un fin indeseado sencillamente porque consume esos recursos, generando costes. La indemnización –generación del crédito en el perjudicado y de la deuda en el responsable- es una respuesta . Por ello, podemos afirmar que la exigencia del deber objetivo de cuidado, como presupuesto para la condena indemnizatoria viene a proteger a quienes controlan los riesgos con parámetros económicos puesto que les permite externalizar parte de los costes de sus actividades generadoras de riesgos para terceros.

- b) Una propuesta alternativa en el uso del análisis económico por la responsabilidad por daños. Remisión al análisis de la negligencia.

Si el legislador fija un deber de cuidado objetivo y se excede del óptimo de prevención, el causante –en términos económicos- cumplirá ese excedente de prevención siempre que su coste sea inferior al del daño esperado. Por lo tanto, la norma sería ineficiente pero menos ineficiente si el exceso de inversión es superior al coste de gestión del riesgo por el perjudicado, por las razones que ya expusimos. Si el legislador aprueba una norma configurando el deber de cuidado, con unos costes inferiores al óptimo de prevención, el causante reducirá estos ajustándose al deber de ciudad exigido lo que, teóricamente, siguiendo el modelo económico, incrementará el coste del daño esperado y con ello los costes sociales. A ello debe sumarse el problema del mayor coste de gestión de los costes del perjudicado para la gestión del daño. En todo caso, la autorización de un riesgo determinado, a través de la exigencia de la negligencia para la condena a indemnizar, implica una opción de política legislativa que únicamente puede justificarse, en términos económicos, en que la actividad produzca beneficios netos, incluyendo los costes totales de los accidentes, Esa es la única razón que permite incentivar estas actividades permitiendo el riesgo de externalización de parte de dichos costes, sin que ello conlleve una autorización al daño. Estas matizaciones exigen una sustancial modificación de la fórmula de Learned Hand y, a nuestro juicio, sólo cabría una aplicación de la exención de la responsabilidad si:

Beneficio Social > Costes Generados

(Costes Generados = Costes Prevención + Daño Esperado + Costes Gestión del Daño)

Por tanto, el legislador sólo debería permitir la exoneración del causante cuando su actividad no sólo está permitida sino cuando necesita promoverla porque se genere un beneficio social neto que supere los costes de prevención más los del daño esperado y los de gestión, en su caso, por el perjudicado del daño. Si el beneficio social neto no es superior, la exigencia de la negligencia hace ineficiente los costes sociales. Sólo si dicha regla fomenta el desarrollo de actividades beneficiosas para la sociedad (cuyo desarrollo no se llevaría a cabo por los riesgos derivados de la existencia de una responsabilidad objetiva que conllevaran unos costes superiores a los beneficios a

obtener), es racionalmente aceptable aprobarla. Es una hipótesis que se corresponde con la teoría general del AED aunque con las modificaciones referenciadas. Por lo tanto, el causante sólo debe no responder si consigue generar riqueza con su actividad superior a dichos costes, porque de lo contrario externalizar el coste del daño esperado no genera, tal y como hemos ya demostrado, eficiencia social –en términos globales- suficientes. El óptimo de prevención no es suficiente criterio para fundamentar que la víctima soporte el daño generado por el causante. Si hay un beneficio social, únicamente incentivable a través de la externalización de parte de los costes de los accidentes puede ser una razón racional para justificar la misma, pero genera un nuevo problema.

En los supuestos en los que el daño se autoriza (y no se corresponde con una imputación del daño al perjudicado –legítima defensa- o de inexistencia de daño jurídicamente relevante –supuesto de consentimiento de la víctima-), la responsabilidad civil cede porque el daño antijurídico no se produce (está cubierto por la norma), pero el sacrificado en su interés, por ser inferior a aquél en el que se justifica la lesión, que es el que se aprovecha de esta última sí conlleva una indemnización, denominada por “sacrificio”, tal y como se acredita en los supuestos de expropiaciones de los derechos o de estado de necesidad. Por lo tanto, el interés lesionado, que no está cubierto por la responsabilidad civil, y cuyo daño justifica una norma específica, determina la compensación a ser recibida por aquel cuyo interés, de rango inferior, ha sido sacrificado en beneficio de un interés superior. Sin embargo, en los supuestos de negligencia, en los que se permite la exoneración del causante, justificado en la obtención de un beneficio social, como la promoción de actividades beneficiosas para el colectivo –que quedan amparadas bajo el ámbito de la responsabilidad civil por ser el daño antijurídico-, el legislador no ha previsto ni reparación ni compensación alguna para el perjudicado. Es decir, si el daño está jurídicamente causado, el beneficiario –no el causante- debe compensarlo, pero si el daño es antijurídico y hay una norma de exoneración de responsabilidad (establece la “negligencia” o incluso exige la negligencia en un grado determinado) el coste del daño lo asume, en su integridad, el perjudicado, aunque –en términos racionales- la privación de la responsabilidad se justifica en beneficio del colectivo por la bondad de la actividad de la que dimana el riesgo que ha terminado siendo lesivo. Obviamente, esto genera ineficiencias, trasladando recursos de los perjudicados a favor de aquellos que se aprovechan de las

actividades lesivas, sin que estos últimos sufraguen un coste real, lo que puede provocar un incremento de las actividades y con ello de los costes de los accidentes.

El análisis económico del derecho nos permite comprender la utilidad de ciertas medidas, siendo conscientes de sus límites metodológicos, pero en su análisis nos facilita detectar ciertas anomalías de la responsabilidad por daños, como acontece con los supuestos en los que la culpa se convierte en presupuestos para la responsabilidad que se verán posteriormente.

### **E. La función de la responsabilidad civil en el contexto del derecho de daños**

Analizadas las anteriores funciones, clásicas o no tanto, atribuidas a la responsabilidad indemnizatoria, corresponde ahora intentar encontrar la base sobre la que se sostiene esa obligación que recae sobre uno o varios sujetos de indemnizar a quien ha sufrido el daño, el valor de este último.

Hemos afirmado que no es posible atribuir a la Responsabilidad Civil sólo una función indemnizatoria (porque ello, aunque justifique el efecto consecuencialista y determine el montante de la respuesta jurídica, en un claro criterio sustitutivo de la tutela inicial dispensada al interés lesionado, sigue sin permitirnos deslizar criterio alguno en el que justificar el porqué un sujeto o varios, y no otros, deben soportar ser el/los sujeto/s pasivo/s del crédito indemnizatorio del perjudicado). Que la obligación, consecuencia de la responsabilidad, pretende indemnizar el daño es obvio, en él encuentra su fundamento y en él encuentra su configuración y límite, pero ello sigue sin darnos a conocer el motivo último de su existencia. No podemos justificar la responsabilidad civil en una mera cuestión indemnizatoria o reparadora del daño sufrido por el perjudicado, porque entonces cualquier instrumento que así lo hiciera, tendría una naturaleza semejante (así los fondos públicos indemnizatorios, los seguros de daños, etc.). Por otro lado, tampoco podemos justificar una responsabilidad basándonos en sus efectos, como el Derecho Penal no se justifica y argumenta a través de la pena —el Derecho Penal no tiene por función privar de libertad a los delincuentes— o la nulidad no se basa en la restitución de las prestaciones —la nulidad no tiene por función proteger un status quo previo al estadio inválido—. La indemnización es la consecuencia pero no es el motor que mueve la responsabilidad, es la respuesta a qué debe hacer un concreto sujeto,

indemnizar, en una determinada situación, cuando es el responsable, pero no es la respuesta a porqué es ese sujeto el que debe indemnizar. No obstante, es cierto que esta función, su análisis y su integración con el resto del sistema da coherencia a la institución. Si la responsabilidad indemnizatoria determina “indemnizar” al perjudicado el daño causado, convierte a elemento “daño” en un elemento esencial, aunque no suficiente, para que actúe la institución. Sin efecto lesivo, estamos fuera de su ámbito por lo tanto el daño tiene que servir, de alguna manera, para justificar su existencia.

También hemos visto como la responsabilidad indemnizatoria no tiene función de delimitar ámbitos de libertad o de abstención de los sujetos. Es justamente la responsabilidad civil la que actúa cuando el ordenamiento, en el que aquella se inserta, ha delimitado dichos ámbitos y un sujeto ha sobrepasado el suyo inmiscuyéndose y lesionando el ajeno. La responsabilidad por el daño causado es respuesta normativa por la violación de las reglas anticipadas por el sistema jurídico, que ha perfilado la conducta permitida y aquella que supera los estándares de riesgos legítimos, lo que se actualiza según las circunstancias del devenir de cada sociedad en cada tiempo y lugar.

Tampoco, la responsabilidad civil tiene función alguna de carácter retribucionista o punitiva, puesto que, en ningún caso, se pretende sancionar, en términos estrictos, retribuir, punir, castigar o penar al responsable del daño. No importa la gravedad de su conducta, ni la intención perseguida para la imposición de la consecuencia jurídica, sino la atribución del resultado del daño. Es todo o nada, es ser responsable de la indemnización reparadora del daño imputado al responsable o es no ser declarado si el daño no se le imputa, o imputado puede exonerarse de pago – evidentemente, también juega esa regla de “todo o nada” en los supuestos en los que parte del daño se hace recaer sobre la víctima, rebajando el importe del daño ya que el “todo” viene referido al resultado lesivo imputado al responsable, que será parte del resultado lesivo sufrido por la víctima-. Para poder aseverar una función disciplinaria en la responsabilidad indemnizatoria la consecuencia tendría que guardar reglas de proporcionalidad con el reproche conductual del responsable e incluso debería plantearse en términos de reprensión de la conducta, con independencia de la causación o no del resultado lesivo. Además, y quizás esto sea lo más relevante, la función punitiva debería implicar siempre un correctivo en relación a cualquier importe meramente indemnizatorio. Es decir, si afirmamos que alguien indemniza algo porque ha actuado indebidamente, y así se le “castiga”, o el sujeto no tiene que ser el

responsable del resultado lesivo o, si lo es, no estamos puniendo su conducta, sino únicamente exigiéndole que abone el resultado de su actuar no debido, que ya le había sido imputado previamente. Por ello, si se pretende sancionar, *stricto sensu*, a un sujeto al que se imputa jurídicamente un efecto lesivo en intereses ajenos la “sanción” ha de mantenerse al margen del importe resarcitorio del resultado negativo generado con su conducta, aunque esa pena pueda tomar como parámetro, total o parcialmente, la entidad del propio daño generado, sin perjuicio, en todo caso, de que si hay una función retributiva, el criterio de la proporcionalidad de ha de respetarse, o dicha finalidad no podrá obtenerse en términos de justicia y de técnica normativa.

Es así, por ello, que la pena, aún privada, aún puramente pecuniaria, aún patrimonializada a favor de un tercero – y no de las arcas públicas- , sólo existe si la consecuencia jurídica, en que se concreta, no es la reparación de un daño que el ordenamiento atribuye al mismo sujeto al que pretende “sancionar”. Si se identifican ambas, la represión desaparece y el efecto punitivo se integra en el efecto compensatorio en que aquella condena consiste. Diferente es que de no existir la pena, en un concreto ordenamiento, ese sujeto no sería responsable del daño y por lo tanto la punición se pretenda realizar haciéndole soportar un efecto lesivo sufrido en un interés de tercero, como mecanismo de reproche a una determinada conducta. En ese caso, un daño no atribuible jurídicamente al “sancionado”, delimita el importe de la pena impuesta por una conducta no atribuida. Es obvio, entonces que la pena es retribución porque de no existir esa actuación –a la que no se atribuye el daño- no habría condena aunque el efecto lesivo pudiera, o no, haberse producido. Ahí no estamos ante una situación de responsabilidad civil.

La existencia de la función indemnizatoria en la denominada “responsabilidad civil” pierde relevancia, si aceptamos el requisito de la antijuridicidad como presupuesto de la indemnización, como elemento esencial sobre el que construir la generación de la obligación indemnizatoria y que permite concentrar, dentro de la Responsabilidad Civil , los supuestos en los que la reparación del daño (fin de la obligación indemnizatoria) y la imputación del daño (fin de la responsabilidad civil) vienen a servir al cumplimiento de la función de la responsabilidad civil (suplir el incumplimiento del ordenamiento con la ficción de la reparación que supone la indemnización para el perjudicado), y que sólo actúa y limita su actuación en los términos de la antijuridicidad, lo que justifica que el perjudicado pueda reclamar al causante del daño antijurídico o a quién debió actuar

evitándolo, convirtiendo su omisión en la fuente de la imputación, por la conducta *contra iure* llevada a cabo y lo que impide al responsable, causante antijurídico repetir de terceros, salvo que éstos se encuentren en el perímetro de la antijuridicidad que justifica la imputación. Esto es defendible desde un punto de vista jurídico y también desde el punto de vista de eficiencia económica, por la seguridad jurídica que conlleva, ahorrando los costes de transacción entre las partes afectadas. Así se puede entender que aún desde un punto de vista del análisis económico de la responsabilidad civil se termine afirmando que la auténtica función no es compensar los daños –función negada ab initio por esta doctrina- ni prevenirlos, sino “señalizar a la sociedad cuáles van a ser los hechos y conductas que están exigiendo reparación, prohibición o regulación más o menos severa.”<sup>410</sup>.

Según nuestro criterio, la antijuridicidad por las razones que se defenderán posteriormente, es un elemento caracterizador de la responsabilidad civil, lo que condiciona la función de la institución. Difícilmente se puede sostener que alguien tenga que responder por haber actuado conforme en Derecho por mucho que la actividad de la que dimana el daño estuviera autorizada. Mucho más complejo es afirmar que el garante, el que omite una acción debida para interceptar un proceso lesivo, no actúe de manera antijurídica no ya en cuanto el daño se produzca sino desde que omite limitando sus posibilidades de éxito en el deber encomendado. La responsabilidad civil es un instrumento fundamental en el ámbito de la protección y la reparación del daño del perjudicado, pero no es el único. Existen, por evidentes razones sociales instituciones cuya básica finalidad es la protección de quién sufre un daño, con la finalidad no de indemnizar o reparar el daño sino de ayudar, subsidiar, o compensar en parte, a la víctima por el perjuicio sufrido<sup>411</sup>. Ello no nos debe llevar a entender que ambos

---

<sup>410</sup> SALVADOR CODERCH, P., “Los más y los mejores. Indemnizaciones sancionatorias (Punitive Damages), jurados, jueces profesionales y agencias reguladoras”, en Indret, Working Paper nº: 135, abril de 2003, p. 9, afirma “Nunca se insistirá bastante en que la función esencial del derecho de la responsabilidad civil no es tanto compensar daños (algo que un seguro hace de mejor manera: mucho más económicamente), ni acaso prevenirlos (pues la estimación profesional del daño probable *ex ante*, en cada sector de riesgos, suele hacerla mejor y más deprisa una agencia especializada o una compañía de seguros o una empresa de clasificación), como señalar a la sociedad cuáles van a ser los hechos y conductas que están exigiendo reparación, prohibición o regulación más o menos severa.”. Opinión a la que se suma CASAS PLANES, M<sup>a</sup>.D., “La Función de la Responsabilidad Civil...cit., p. 24.

<sup>411</sup> No faltan voces que piden incluso en supuestos de prestaciones que no corresponden a la responsabilidad civil la introducción de modificaciones que permitan tener en cuenta la conducta de los responsables. Así DESDENTADO BONETE, A., “Reflexiones sobre los accidentes de trabajo...cit., p. 9 aboga por rectificar la financiación de la Seguridad Social puesto que “no pondera la conducta empresarial ante el riesgo” para lo que se aboga por eliminar el sistema de primas uniformes por actividad y sustituirlo por uno que valore el nivel real de siniestralidad de cada empresa.

sistemas son incompatibles y de tal manera que la extensión de estos últimos instrumentos conllevaría la desaparición o crisis de aquella, como ya se ha afirmado desde parte de los miembros de nuestra doctrina patria<sup>412</sup> y desde la de otros ordenamientos<sup>413</sup>.

En cualquier caso, la responsabilidad civil tiene su propia parcela de actuación y la tiene precisamente porque está fundamentada en una doble función, la preventiva y la indemnizatoria, lo que impide su sustitución por sistemas de ayuda o compensación al perjudicado<sup>414</sup>. Diferente es que aquella institución sí pueda servir para configurar el marco de actuación de estos sistemas. Por ello, si la responsabilidad civil va a determinar cuando el dañante ha de hacerse cargo de la indemnización<sup>415</sup> los sistemas de compensación o ayuda deberán cubrir aquellas situaciones en que la responsabilidad civil no lo haga o bien lo lleve a cabo de manera incompleta. La elección parece evidente, entre un sistema de reparación que funcione en base a recursos que se obtienen, con independencia de quienes pueden evitar los daños, y un sistema de responsabilidad civil que se sufraga por quién causó el daño, pudiendo evitarlo, o por quien tuvo el deber de evitarlo y no lo hizo -porque ostentaba el control sobre la fuente del riesgo<sup>416</sup>-, sin que sea de justicia precisamente que lo indemnice quien nada pudo hacer para evitarlo<sup>417</sup>. Esa responsabilidad se puede justificar en la culpa o en la

---

<sup>412</sup> DE ANGEL YAGÜEZ, R., *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*, Madrid 1995, p. 229 y ss,

<sup>413</sup> FAURE M. and HARTLIEF, T., "Social Security versus Tort Law as Instruments to compensate Personal Injuries: A Dutch Law and Economics Perspective", *The Impact of Social Security Law on Tort Law*, Magnus, U., (ed.), Wien 2003, p.

<sup>414</sup> DESDENTADO BONETE, A., "Reflexiones sobre los accidentes de trabajo...cit., p. 3 afirma, en relación con la cobertura de los accidentes de trabajo a través del sistema de Seguridad Social que "la socialización de la reparación es positiva...pero la socialización de la responsabilidad es negativa porque elimina el efecto preventivo. Si desvinculamos el accidente de trabajo de la responsabilidad empresarial, estamos debilitando la prevención".

<sup>415</sup> Estamos de acuerdo con PANTALEÓN, F., "Como repensar la responsabilidad civil extracontractual...cit., p.12, en que no se pueda transformar esta institución en un "polivalente instrumento de Ingeniería Social", porque para ello están precisamente los restantes instrumentos del Derecho de Daños, y entre ellos, como veremos el propio seguro de responsabilidad civil.

<sup>416</sup> PANTALEÓN, F., "Como repensar la responsabilidad civil extracontractual...cit., p.13, afirma que la mejor de las razones para que se derive la obligación de indemnizar es que "la conducta del dañante sobrepasó el límite del riesgo que nos permitimos los unos a los otros en la realización de este tipo de conductas: que aquél incurrió en culpa". Es evidente que razones, no sólo económicas, sino sobre todo jurídicas aconsejan que el culpable se haga cargo del daño cuya falta de diligencia ocasionó porque sólo tuvo que actuar diligentemente para evitarlo.

<sup>417</sup> Así PANTALEÓN, F., "Como repensar la responsabilidad civil extracontractual...cit., p.13 continúa diciendo que "si el dañante ha sido inocente (la simple causación es siempre común a dañante y dañado) y, a pesar de esto, le obligamos a indemnizar al perjudicado también inocente por el mero hecho de haberlo sido, aquél, inmediatamente después de pagar la indemnización y convertirse así en perjudicado, podría preguntarnos con toda la razón: ¿Y ahora que inocente me indemniza a mí?". Y nosotros preguntamos ¿qué importancia tiene que se le denomine al dañante "inocente" si el objetivo es



generación de riesgos<sup>418</sup> pero no se puede justificar en puros fines indemnizatorios, porque como se ha dicho hasta la saciedad, la responsabilidad civil no elimina el daño sino que lo cambia de bolsillo<sup>419</sup>. El responsable no puede ser el que ostente más recursos económicos, ni el que se encuentra en la relación de causalidad —en ella siempre está la víctima—, sino aquel sobre el que la imposición de la responsabilidad civil viene justificada en la búsqueda de objetivos de evitación del daño, de evitar causar, o evitar que se cause, la injerencia lesiva en los intereses de terceros a los que se dispensa protección normativa.

La indemnización puede ser requerida a cualquiera, pero para ello no harían falta unos criterios de imputación, exigidos siempre por la doctrina, incluso por quienes sólo atribuyen funciones indemnizatorias<sup>420</sup> que se justifican en determinados parámetros, porque sería indiferente quién indemnizara. Por ello sólo puede haber responsabilidad, al menos de una justicia conmutativa si quién es declarado responsable merece más que la víctima hacerse cargo del daño, y ello sólo es justificable si la razón<sup>421</sup> en la que apoyamos su merecimiento puede ser controlada por el obligado a indemnizar. Es la

---

indemnizar el daño del perjudicado?, ¿no se nos está diciendo qué sólo debe reparar quién es responsable del daño porque él fue quién generó el riesgo de causarlo, y por lo tanto se le hace cargar con la obligación de indemnizar para que controle ese riesgo generado?. ¿No se está trayendo de nuevo la función preventiva como justificación del sistema? Porque de lo contrario da lo mismo quién indemnice, mientras que la responsabilidad civil precisamente lo que hace es determinar quién indemniza, y sobre todo porqué se ha de indemnizar, lo que permite evitar esta obligación si se evita la justificación de la misma.

<sup>418</sup> Que PANTALEÓN, F., “Como repensar la responsabilidad civil extracontractual...cit., p.14 y 15 justifica en perspectivas de justicia conmutativa, sin que mencione que la misma deviene precisamente porque el que realiza la actividad de riesgo, el que lo utiliza terminará soportando el daño que el mismo genere. Y si no se prohíben a pesar de los posibles daños que se deriven es precisamente porque como dice el propio autor por “su elevada utilidad social y carencia de actividades sustitutorias”. Por ello, no existirán sanciones a los dañantes, pero sí tendrán que soportar el daño causado, en la justificación de que ellos son los únicos que pueden controlarlo, aunque la actividad sea lícita. Curiosamente el referido autor dice respecto de estas actividades peligrosas que “Me refiero, naturalmente, a actividades que resultan muy peligrosas sin que las potenciales víctimas puedan hacer nada razonablemente exigible a fin de evitar o reducir su exposición al riesgo correspondiente”. Es evidente que el daño se imputa a quién justamente pudo hacer lo que tuvieron opción las víctimas de llevar a cabo: control del riesgo para evitar o reducir el daño.

<sup>419</sup> PANTALEÓN, F., “Como repensar la responsabilidad civil extracontractual...cit., p.13.

<sup>420</sup> MEDINA CRESPO, M., “Responsabilidad extracontractual: La articulación refundida de sus disciplinas divergentes...cit., p. 10 “el objeto de las reglas de responsabilidad civil, de acuerdo con la finalidad del instituto, es determinar qué patrimonio debe asumir las consecuencias del evento dañoso (imputación del daño al patrimonio del responsable) compensándolas, en su caso, de modo que la función preventiva es sólo un efecto secundario —reflejo— del principio compensatorio”.

<sup>421</sup> PANTALEÓN, F., “Como repensar la responsabilidad civil extracontractual...cit., p.19 menciona que las razones de justicia conmutativa que justifica la indemnización son la culpa, la actividad lucrativa peligrosa y el “sacrificio en interés ajeno”.

razón justa<sup>422</sup> la que exige la imputación del daño y qué razón más justa que la que indica que lo soporte quién precisamente lo generó o quien debió evitarlo.

Si la responsabilidad civil es solo meramente indemnizatoria, el sistema pierde todo su sentido de ser, ya que habrá que buscar a alguien que indemnice al causante, cuando este paga al perjudicado. Además, si sólo hay una función indemnizatoria, tanto derecho tiene a la indemnización el perjudicado por daños dolosos como el perjudicado por daños causados por casos fortuitos. Si sólo hay una función reparadora<sup>423</sup>, no se entiende porqué se sigue manifestando en la jurisprudencia el criterio subjetivo como el general, o porqué cuando hay dolo se suelen utilizar otros criterios de valoración. Pero lo que sobre todo no tiene sentido, es el por qué de todo el sistema judicial para obtener una indemnización, ya que si lo único que persigue la responsabilidad civil es indemnizar, entonces, siempre y en todo supuesto, producido el daño debe de producirse automáticamente la reparación del mismo. Si sólo hay función indemnizatoria el seguro de responsabilidad civil debería de ser sustituido por seguros obligatorios de accidentes y de daños a los bienes, o bien por fondos públicos de indemnización, pero obviamente, con ello no se va a producir una reducción del verdadero problema, que son los daños en sí mismos. La doctrina que reduce la importancia del efecto preventivo, no tiene en cuenta el carácter instrumental de prevención e indemnización al servicio de la tutela de intereses, lo que les impide justificar porque antes de indemnizar lo que se debe determinar es quién debe hacerlo<sup>424</sup>.

El hecho de que se puedan predicar de la responsabilidad civil dos principios, como son el principio “pro damnato” y el principio de la “reparación íntegra,” como característicos de finalidades indemnizatorias o reparadoras<sup>425</sup>, no implica el no poder reconocer carácter instrumental al carácter indemnizatorio, como hacemos con el

---

<sup>422</sup> Por que si esta no existe, a pesar de la existencia del daño, éste debe quedarse allí donde se ha producido, cuestión en la que siempre se ha coincidido casi de manera unánime, a pesar de que el perjudicado quede sin cobertura. Así, PANTALEÓN, F., “Como repensar la responsabilidad civil extracontractual...cit., p.6.

<sup>423</sup> O’CALLAGHAN, X., *Compendio de Derecho Civil, tomo II, Derecho de Obligaciones*, Madrid 2008, 5ª ed., p. 703 afirma que la obligación que surge como consecuencia del daño indemnizable no supone ningún reproche moral, sino que implica una función reparadora, sin que exista en nuestro ordenamiento la sanción punitiva.

<sup>424</sup> MARTÍN CASALS, M., “Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones por difamación de la LO 1/1982”, en VVAA., *Centenario del Código Civil*, Madrid 1990, tomo II, p. 1256 afirma que la “La finalidad de la responsabilidad civil debe ser la de determinar, en primer lugar, sobre qué patrimonio deben recaer las consecuencias del evento dañoso y, una vez determinado ese extremo, compensarlas si procede. La función de prevención (Präventionsfunktion) es un efecto secundario del principio de compensación de daños (Ausgleichsprinzip). En todo caso, no parece que la finalidad del Derecho civil deba ser la de aplacar la sed de venganza ni la de castigar conductas reprobables”.

<sup>425</sup> MEDINA ALCOZ, M., “La función de la responsabilidad civil extracontractual, cit...,p. 495 y ss.

preventivo, al estar ambos al servicio de la función esencial de la institución que no es otra que la de tutelar intereses del perjudicado. En este sentido, ambos principios se cumplen de manera idéntica puesto que representan una expresión ex post del efecto lesivo de dicha tutela, por lo que ningún efecto contrario implica someter el carácter indemnizatorio una finalidad más amplia. Esos dos principios, determinan la existencia de una regla pro creditore, tutelando al perjudicado e imponiendo la obligación de asumir todo el daño para reparar íntegramente al perjudicado, respectivamente. Si afirmamos la existencia de una única finalidad indemnizatoria, la aplicación de esos principios es vacua, irrelevante, porque obvia que para que sean efectivos, tiene que existir un sujeto en cuya contra se obvia la regla “pro debitoris,” o se le hace cargar con la íntegra reparación. Para que estos principios puedan ser defendidos, y desenvolverse, ha de imputarse previamente el daño y sólo si la consecuencia indemnizatoria se integra en una finalidad tuteladora es factible responder a la pregunta de en contra de quien se aplican esos principios que benefician al perjudicado, a lo que responde la herramienta de la prevención que a quién no cumplió con los deberes de tutela de los intereses que fueron lesionados.

Si a la función indemnizatoria le añadimos la preventiva y constituimos un conjunto armónico de tutela de los intereses a los que se protege, entonces sí encontramos una justificación a todo el sistema de responsabilidad por daños, y también al seguro que cubre al responsable. Se justificaría la existencia de distintos criterios de imputación, la existencia de un régimen distinto para el dolo, la existencia de los procedimientos judiciales en materia de responsabilidad civil y la existencia del seguro como instrumento para indemnizar cuando la prevención no ha sido suficiente. Es en esta dirección donde deben ir dirigidos los esfuerzos del legislador, a reparar pero, también, a prevenir, porque en definitiva lo relevante es proteger a priori incentivando comportamientos no lesivos y, en su defecto, a posteriori con la indemnización. La conjunción de ambas finalidades es la que satisface plenamente la función de tutela de intereses jurídicos.

Es mucho más beneficioso para la sociedad que el ordenamiento genere una regulación por la que el daño no llegue a producirse y por lo tanto que podamos prevenirlo antes de que éste se acontezca<sup>426</sup>, pero es obvio también que justamente la

---

<sup>426</sup> LLAMAS POMBO, E., “Prevención y reparación, las dos caras del derecho de daños”, en *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Moreno Martínez, J.A. (coord.), Madrid 2007, p. 445. y ss. reconoce que hay suficientes “argumentos lógicos, sociológicos y económicos que avalan la

responsabilidad civil y el Derecho de Daños, en general, existe porque éstos son inevitables en el devenir de las relaciones sociales. La acción humana, por sí misma, altera permanentemente el status quo preexistente, produciendo lesiones de intereses que están jurídicamente protegidos, ante los que el ordenamiento debe establecer las pautas para resolver el conflicto surgido entre quién actúa en el marco de su libertad y causa un daño y quién en el marco de la tutela que el ordenamiento dispensa a sus intereses, ve estos menoscabados por la acción del primero.

La prevención que actúa *ex ante* de la venida del daño tiene su fundamento último en la legitimación que el ordenamiento otorga al titular del interés jurídicamente protegido para autotutelar esos intereses, en especial a través del régimen de la legítima defensa, que no siendo exclusivo instrumento para estos fines, si que permite dispensar al sujeto a ofender otros intereses utilizando una parte del poder coactivo de que dispone el ordenamiento a su favor, con el único fin de preservar los suyos. Por ello, y sin perjuicio de la existencia de concretos instrumentos de prevención *ex ante*, ello no priva ni faculta para negar a ninguna institución carácter preventivo sobre la conducta de los sujetos. Las normas de conducta se imponen precisamente para dirigirlas en un determinado sentido y el ordenamiento jurídico reglamenta aquellas con el fin de predisponerlas a cumplir sus mandatos y poder tutelar los intereses hacia los que el aquel entiende dignos de protección. El ordenamiento puede actuar tutelando, para evitar la lesión de esos intereses, *ex ante*, en el instante de la amenaza del menoscabo, en cuyo caso el ordenamiento evita su propio incumplimiento forzando que los sujetos a los que ordena la norma la cumplan para la satisfacción del propio sistema jurídico y con ello la protección de los intereses dignos de la misma. O bien, el ordenamiento, puede, por el contrario, actuar *ex post*, que, aun tras la insatisfacción del propio orden jurídico, viene a establecer consecuencias, a veces neutralizadoras materialmente de la violación jurídica –como hace la institución la nulidad-, a veces ficticiamente recuperadoras del estado anterior a la violación normativa –la responsabilidad civil- y a veces sólo como instrumento ilustrativo del poder del orden jurídico y con el de las consecuencias negativas que acarrea su violación- como la sanción penal-. Incluso, puede actuar sin violación del ordenamiento, o con instrumentos de corrección de aquella utilizados en satisfacción del interés particular del lesionado a cargo de la

---

preferencia del prevenir sobre el curar, de evitar el daño antes que resarcirlo. Y además no hay ninguna razón que impida cumplir tal misión preventiva al Derecho privado en general, y al civil en especial”.

colectividad, sin que con ello se subsane la violación, pero sí el efecto indeseado para el perjudicado. Que la responsabilidad civil sirve para tutelar intereses es afirmada incluso por quienes defienden la exclusiva función indemnizatoria, aunque cuando se trate de derechos absolutos la protección pueda otorgarse a través de otros remedios<sup>427</sup>

En los casos en los que es la colectividad, quien asume la satisfacción de los intereses lesionados, no estamos ante responsabilidad civil, a pesar de que la institución dispuesta (v.gr., Fondos de Garantía, etc.) tengan por objeto la reparación de la víctima, porque el propósito no es desagraviar al ordenamiento, sino satisfacer el interés de quien no puede obtener reparación a su menoscabo, bien porque el daño no es antijurídico, pero se estima merecedor de ayuda, bien porque quién debe subsanar la antijuridicidad producida no lo hace o no tiene medios para llevarlo a cabo<sup>428</sup>. Salvo en este último supuesto, en los restantes casos, el ordenamiento despliega una incesante función preventiva general al mostrar lo que acontece o puede ocurrir cuando no se respeta el orden jurídico preestablecido, porque sólo ante la lesión de sus pautas de actuación le quedan esos remedios ex post, por lo que no puede negarse esa función preventiva a instrumentos jurídicos que actúan una vez consumada la violación normativa<sup>429</sup>. Quizás también habríamos, por esa misma razón, negar funciones preventivas a la pena puesto que la misma sólo actúa ex post, cuando, por el contrario el instrumento penal se está sobredimensionando en nuestro ordenamiento con la finalidad de evitar las conductas típicas que al avance de la sociedad van surgiendo.

Ya se ha dicho, con indudable fundamento que la responsabilidad civil, aun siendo posterior al daño, es un *prius* de la obligación indemnizatoria<sup>430</sup>. Esta afirmación implica situar a la institución en su auténtico fundamento, que es el de la imputación del daño, un daño antijurídico, que justifica el nacimiento de la obligación indemnizatoria y

---

<sup>427</sup> MEDINA ALCOZ, M., “La función de la responsabilidad civil extracontractual, cit..., p. 505 y ss.

<sup>428</sup> CASAS PLANES, M.D., “Responsabilidad civil y mecanismos colectivos de indemnización, PDD 2005 cit., p. 7 separa en el Derecho de daños dos bloques: el basado en el la responsabilidad civil y el que se funda en principios socializadores, con finalidad de reparar y al que denomina Mecanismos Colectivos de Indemnización de Daños.

<sup>429</sup> LLAMAS POMBO, E., “Prevención y reparación, las dos caras del derecho de daños...cit., p. 446 ve un obstáculo insalvable para afirmar la función preventiva de la responsabilidad civil puesto que la misma es un “posterior”, mientras que la idea de prevención es un *prius*.

<sup>430</sup> CASAS PLANES, M.D., “La Función de la Responsabilidad Civil...cit., p. 30, aboga frente al argumento de que la función preventiva no existe en la responsabilidad civil porque es un posterior, que “se está identificando el instituto jurídico de la responsabilidad civil con la obligación en sí misma de indemnizar...cuando a mi juicio, la responsabilidad civil es fuente de obligación pero, a su vez, reflejo del valor primario del deber jurídico de no dañar a otro...En este sentido, la responsabilidad civil es un posterior del daño, pero un *prius* de la obligación de indemnizar (daño-responsabilidad civil-obligación)”.

que necesariamente tiene que actuar ante el daño ya acontecido, sin que ello suponga negar la existencia de otros instrumentos jurídicos para evitar el daño. Pero ello no enerva, ni un ápice, las posibilidades preventivas de esta institución, justamente porque la obligación no recae sobre cualquier sujeto, con independencia de sus condiciones o cercanía o relevancia en la atribución del daño, sino que éste se atribuye, y con ello, la responsabilidad civil determina la obligación de indemnizar, a uno o unos concretos sujetos en función de la imputación jurídica que realiza. Esa imputación enseña el camino para evitar tener que soportar ese daño, como destinatario final en el iter de la *restitutio ficta* que, como toda ficción jurídica, se crea para cubrir una necesidad de la sociedad, recayendo sobre quién causó aquel generando el riesgo lesivo o sobre quién debió evitarlo actuando sobre el proceso causal ajeno en el que desembocó el efecto nocivo. Por ello, la labor preventiva de la responsabilidad civil se despliega en el marco de la imputación, que es, como ya hemos referido, anterior a la aplicación de la negligencia, influyendo sobre los elementos utilizados por el causante para evitar el daño con la finalidad de respaldar la tutela de los intereses protegidos, y ello con independencia de que la responsabilidad sea objetiva o no<sup>431</sup>.

No podemos confundir la reparación que lleva consigo la imposición y ejecución de la obligación indemnizatoria al responsable del daño, con la función de la institución de la Responsabilidad Civil, aunque, fruto de esta confusión, se haya aseverado tradicionalmente la función reparadora de la responsabilidad civil. Prevenir no es sólo un *prius* de determinadas instituciones sino un *post* de otras, no con el fin de evitar daños ya acontecidos sino con el de evitar que otros vuelvan a acontecer. Es decir, aplicar una corrección en la sociedad regulada para mantener el estado que habría tenido de no acontecer el daño<sup>432</sup> y mostrárselo a los miembros de aquella como necesaria consecuencia de la alteración que se les imputa. El problema de la función preventiva en la responsabilidad por daños no es que aparezca o pueda hacerlo *ex post*, como instrumento de reconducción de conductas de quienes se pueden ver afectados por una

---

<sup>431</sup> En sentido contrario, CAVANILLAS MÚGICA, S., “Responsabilidad Civil (I): Supuestos”, en [www.iustel.com](http://www.iustel.com), afirma que la función esencial de la responsabilidad civil no sería ni disuadir, ni sancionar a los infractores, “sino solamente conseguir el resarcimiento de la víctima”, lo que se justifica en que puede establecerse la responsabilidad sin culpa.

<sup>432</sup> LLAMAS POMBO, E., “Prevención y reparación, las dos caras del derecho de daños...cit., p. 446 defiende que “No dañar” supone obviamente, reparar el daño causado; pero sobre todo eso, no causar daños o lo que es igual, evitar que se produzcan”, abogando por bifurcar el Derecho de daños en dos vías: la inhibición del daño amenazante, que permitiría la prevención del daño a través de la tutela civil inhibitoria y la responsabilidad por el daño causado, a través de la reparación, mediante la tutela resarcitoria.

futura condena de alterar el ordenamiento, de cuya prevención general ha dispuesto con la condena. El error es que se pretenda entender dicha función como el pilar al que la institución ha de servir, pretendiendo generalizar dicha finalidad para la obtención de conductas irreprochables, amparando lesiones de intereses jurídicamente protegidos<sup>433</sup>. La prevención, como la indemnización, son también instrumentales al servicio de la tutela de los intereses a los que el ordenamiento ofrece protección. Por ello, si la conducta no puede o quiere prevenirse se ofrece la indemnización como instrumento de amparo frente al daño y por ello, al menos en nuestro ordenamiento, el sujeto al que se imputa el daño no requiere de imputabilidad para ser condenado. La lesividad de los intereses y la imputación del daño legitiman la condena. De lo contrario, si basamos la responsabilidad por daño en funciones preventivas incurriremos en una nueva visión errónea, limitándonos a ver sólo la conducta del causante y no la perspectiva de la institución en general. Obviamente, esto tiene una excepción y es la negligencia como presupuesto para la condena, por mandato legal. En estos casos la función preventiva se subjetiviza y prioriza sobre la función indemnizatoria y ello, como ya hemos referido y analizaremos en sede de estructura de imputación, debe encontrarse suficientemente justificado o de lo contrario se estarán generando ineficiencias económicas pero también severas injusticias.

Se ha destacado históricamente, de manera continuada, como la responsabilidad civil tiene como presupuesto el daño. Sin éste la institución no puede actuar, ya que viene a resolver, con carácter jurídico-privado los conflictos derivados de su causación. Si aquel es la lesión de un interés jurídicamente protegido, la responsabilidad civil o, incluso si se quiere, el Derecho de Daños viene a darnos las pautas para determinar quién y porqué se ha de reparar, en su caso, dicho daño. Si nos centramos en lo que conocemos tradicionalmente como responsabilidad civil –que se integraría dentro del conjunto de los remedios previstos en el Derecho de Daños para la reparación de aquellos- podemos afirmar que aquella tiene una pura función reparadora, resarcitoria o compensatoria sin saber muy bien porqué y sobre todo a quién le toca reparar, resarcir o compensar a la víctima. Ello puede llevar a negar que esta institución tenga por

---

<sup>433</sup> MARTÍN-CASALS, M., “La responsabilidad por hecho ajeno en los Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil (PETL)...cit., p. 500 afirma que “La responsabilidad objetiva convertiría la voluntad de indemnizar a la víctima en el fundamento último de la responsabilidad sin tener en cuenta la necesidad de mantener el fundamento ético de la responsabilidad personal”.

finalidad la protección de los intereses jurídicamente relevantes en un ordenamiento<sup>434</sup>, obviando que, para que la institución actúe, necesita justamente del presupuesto del daño y éste puede protegerse de manera genérica a través de cláusulas generales que se cubren con el estado del sistema jurídico contemporáneo, a cada momento de aplicación de la norma de protección. Como ocurre en nuestro ordenamiento, a través de la remisión genérica del art. 1902 CC a todas las normas, que integran el sistema en un determinado momento, y que permite tutelar todos los intereses a los que el ordenamiento dispensa relevancia y protección, por lo que ante su lesión se establece la responsabilidad de aquel a quién se le imputa la misma. Porque en todo caso, el nacimiento de la obligación indemnizatoria, como consecuencia negativa para el “responsable” sirve de instrumento para tutelar, ex post, los intereses lesionados y cuya lesión constituye el presupuesto del daño<sup>435</sup>. Sólo es daño, justamente, la lesión de esos intereses jurídicamente protegidos (la vida, la integridad física, el patrimonio, etc.) y aunque la tutela de esos intereses no sea función en exclusiva de la responsabilidad civil (también se los puede proteger a través de otros sectores del ordenamiento como el Derecho Sancionador), desde luego si que los protege, haciendo que quién los lesionó, o quién debió evitar la lesión interviniendo en el curso causa ajeno, los reponga al estado previo a la lesión, aún en una “restitutio ficta”. Es decir, posiblemente la responsabilidad civil sea el mecanismo más efectivo para esa protección puesto que incentiva conductas a no lesionar y en caso de lesión condena a restituir satisfaciendo, en ambos caso, la tutela pretendida.

No podrá negarse que quién puede controlar su conducta potencialmente lesiva, antes de llevarla a cabo, tendrá en cuenta las consecuencias de la misma. Otra cosa muy distinta es que no todos los causantes de daños tenga consciencia de los efectos

---

<sup>434</sup> RUBIO LLORENTE, F., “Sobre la supuesta inconstitucionalidad del sistema de baremos para la cuantificación de los daños personales en la Ley 30/1995”, *La Ley* 1/1997, D-37, p. 1974, afirma que “las normas que regulan la responsabilidad extracontractual no tienen como finalidad directa la protección de la vida y la integridad física; su finalidad no es preventivo-punitiva, sino compensatoria o resarcitoria. Por eso en muchos ordenamientos de nuestro entorno no prevén, a diferencia de lo que en el nuestro sucede, la indemnización por los daños no patrimoniales que resultan de las lesiones o la muerte”.

<sup>435</sup> PANTALEÓN, F., “De nuevo sobre la inconstitucionalidad del sistema para la valoración de daños personales de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor...cit., p. 2082 afirma que los instrumentos fundamentales para cumplir con el mandato establecido por el art. 15 CE de protección a la vida y la integridad física son las normas penales u la responsabilidad civil...” En fin, tan obvio me resulta que la función normativa de la responsabilidad civil no es la preventivo-punitiva, sino compensatoria o indemnizatoria, como me parece evidente que funciona en la práctica, igual que la penal, como instrumento básico de protección de los derechos de los demás” y en nota (13) añade “Por más que ésta no sea función normativa directa ni de la responsabilidad civil (indemnizar) ni de la responsabilidad penal (prevenir castigando)”.



negativos de su actuar y del conjunto de consecuencias jurídicas que les pueden ser aplicables. No obstante, no por ello, se les exime de responsabilidad civil (art. 118 CP). A ello, súmese que la responsabilidad civil objetiva, ni tan siquiera contempla, como presupuesto o causa exoneradora el buen actuar del responsable, y la obligación indemnizatoria se le impone sólo por la causación y/o la imputación jurídica del daño (fabricante en supuestos de riesgos del desarrollo; padres de familia sin control de los hijos; administración pública por funcionamiento normal de la administración; conductor de vehículo por daños personales causados por “caso fortuito”; etc).

Es difícilmente sostenible que los supuestos acabados de referir conlleve una consecuencia jurídica con fines pedagógicos ni del responsable ni de los miembros afectados por un concreto ordenamiento jurídico, si no pudieron hacer nada para evitar el daño, bien porque no era previsible para el sujeto (menores, incapaces; riesgos del desarrollo); o bien porque siéndolo no existe reproche alguno a su actuación ya que no hay violación conocida o que se debía conocer del deber de cuidado (ausencia de control del menor, salvo que se postule, de *lege ferenda*, una responsabilidad en posición de garante<sup>436</sup>; funcionamiento normal de la administración; caso fortuito en la conducción). No es posible apreciar prevención alguna en la imposición de la obligación indemnizatoria a esos sujetos. Por eso es irrelevante, para la construcción de la teoría de la responsabilidad civil y la delimitación de sus elementos esenciales considerar tanto la función preventiva como la función compensatoria de la responsabilidad civil<sup>437</sup>. Primero, porque ni una, ni otra son ontológicas a la institución, sino, en todo caso, ónticas, en especial, en lo que se refiere a la compensación, en cuanto que la responsabilidad civil es en su justificación externa una indemnización para quién ha sufrido un daño. Sin embargo, ontológicamente, la institución es algo más, en su ser no sólo basa una reparación del lesionado sino una subsanación de la

---

<sup>436</sup> MARTÍN-CASALS, M., “La responsabilidad por hecho ajeno en los Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil (PETL)”, en *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Moreno Martínez, J.A. (coord.), Madrid 2007, p. 500 defiende la postura de los PETL en el sentido de negar la responsabilidad objetiva y la vicaria de los padres por los daños causados por sus hijos menores en cuanto que “ambas deben fundamentar la responsabilidad de los padres en la idea de que quien crea una fuente de riesgo en beneficio propio debe responder por el daño que la materialización del riesgo cause. Y ello porque, es discutible que los hijos comporten un beneficio sólo para sus padres...es la sociedad en su conjunto quien se beneficia...”.

<sup>437</sup> LLAMAS POMBO, E., “Prevención y reparación, las dos caras del derecho de daños...cit., p. 453 aún aceptando que la condena civil produce efectos de disuasión, aún garantizados por el seguro, afirma que “no podemos obviar que la disuasión de comportamientos antisociales cuando se realiza en el nivel individual tiene escasos resultados: la mayoría de los accidentes se producen por el uso de cosas peligrosas y los efectos son casi siempre imputables al azar o a la imperfección técnica de los objetos o a las dificultades del hombre para conocer sus mecanismos”.

violación del ordenamiento, su esencia no está en que efectos produce sobre el perjudicado –la indemnización–, ni sobre el responsable –la prevención, en su caso–, sino sobre el propio ordenamiento y los intereses que este tutela. Y lo hace prohibiendo su lesión y ordenando, en su caso, su protección, y si estas reglas se violan, mandando a los tribunales la restitución del daño causado a raíz del quebrantamiento de las normas primarias establecidas. Y ello, como el daño es, en algunas ocasiones, irreparable materialmente, lo hace a través de una *restitutio ficta*. Y segundo, porque si el Derecho, quiere hacerse valer frente a los miembros de un determinado sistema jurídico al que rige, no puede condicionarse para sobrevivir, a factores subjetivos de esos miembros a los que delimita sus conductas.

El orden normativo se superpone a los sujetos y reglamenta sus relaciones y cuando se quebranta el sistema impuesto, sólo puede aspirar a restituirlo, para lo cuál podría dejarlo en manos de condicionantes individuales, en sacrificio de los intereses generales tutelados (la protección de intereses jurídicamente relevantes no se hace para satisfacción de los titulares de éstos sino para el sostenimiento de todo el sistema en general), pero esto sólo puede justificarse cuando el interés general es superior, o cuando en realidad la norma no se viola, porque la lesión está justificada. Por ello, utiliza la responsabilidad civil para autotutelarse y mantener el interés jurídicamente protegido que ha sufrido el daño como estaba antes de la lesión, proyectando la protección ex ante a la situación ex post, a través de la reparación<sup>438</sup>, al margen de qué efectos despliega ello sobre el declarado responsable. No puede traerse a colación el Derecho Penal, que actúa como última ratio, y cuya aplicación viene a satisfacer funciones preventivas y punitivas –estas últimas porque la violación del orden preestablecido, y del bien jurídico lesionado, ya no permite subsanarse- en el que la consecuencia jurídica, la pena, sólo se aplica a sujetos que realizan conductas típicas, antijurídicas y culpables, sino que además sean susceptibles de punibilidad, porque aquí el ordenamiento no se restaura, sólo se pronuncia sobre la inadecuación del actuar penado y le aplica la pena para prevenir conductas semejantes en un futuro, ante su incapacidad tanto para evitarlas ex ante como para evitar enmendar la lesión de los

---

<sup>438</sup> MARTÍN REBOLLO, L., “Fundamento y función de la responsabilidad del Estado: situación actual y perspectivas”, en *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Moreno Martínez, J.A. (coord.), Madrid 2007, p. 558, afirma con la función de la responsabilidad en cualquier sistema jurídico no es unívoca. Para él, la responsabilidad es siempre un mecanismo de garantía, Pero es también un medio al servicio de una política jurídica” y cita EISENMANN, Ch., “Le degré d’originalité du régime de la responsabilité extracontractuelle des personnes de droit public”, JCP, 1949, p. 742 y ss., que afirmó que el fundamento de la responsabilidad puede ser la reparación del daño, pero su función “remite a la cuestión de los fines perseguidos por el legislador cuando impone una obligación de reparar”.

bienes jurídicos protegidos por la norma penal. El objetivo primario del derecho es que se cumpla con lo que ordena o que se omita hacer lo prohibido y si estas normas no son observadas, sancionar su inobservancia, persiguiendo, en su caso, de ser posible, volver a la situación anterior a la contravención de aquella norma primaria<sup>439</sup>. Si este objetivo se puede obtener el ordenamiento ha logrado el propósito pretendido, ante el que inicialmente, con el daño, se había frustrado.

La auténtica función de la Responsabilidad Civil es tutelar, proteger determinados intereses jurídicos cuya lesión es relevante. Y esto lo hace en dos fases<sup>440</sup>, primero integrando normas prohibitivas o imperativas (prohibido dañar o estás obligado a evitar daños). Y en una segunda fase, cuando el daño se ha producido, la protección resarcitoria se despliega, al fallar la prevención, con el derecho a la indemnización sustitutivo del valor del interés lesionado. En la primera fase el legislador prohíbe dañar aunque no prohíba conductas que generan riesgos de daños y obliga a determinados sujetos (a los que denominaremos, siguiendo la terminología penal, “garantes”) a intervenir en cursos causales ajenos para evitar el daño en un tercero. Como el legislador ha establecido esas normas, de manera expresa o implícita en normas secundarias (así lo hace en nuestro art. 1902 CC), está configurando mecanismos preventivos, delimitando qué hacer o no a juicio del legislador. Esta determinando un cumplimiento normativo. Con esas normas secundarias el legislador está promoviendo evitar la lesión a través de evitar la conducta lesiva o promover la conducta que evita lesión, para así proteger esos intereses jurídicos.

Con la segunda fase, la indemnizatoria, el acreedor se ve satisfecho (bien con el carácter normativo de los mandatos del legislador, bien con la reparación a posteriori) en su tutela puesto que la tutela inicialmente dispensada no se diluye con la lesión ya que de esta surge el crédito contra el responsable (causante, garante u otro), eliminando los indeseables efectos de la lesión. Son intereses protegidos y por ello no deben ser

---

<sup>439</sup> FALCÓN Y TELLA, M.J. y FALCÓN Y TELLA, F., *Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar?*, Madrid 2005, p. 91 sostiene que la eficacia primaria del Derecho está en que se cumplan las conductas exigidas a las que se dirigen las normas primarias (mandatos, prohibiciones o permisiones). Si están no fuesen observadas, habría cuatro tipo de normas entre las que se encontrarían las que califica de perfectas porque implican una vuelta anterior a la infracción.

<sup>440</sup> MEDINA ALCOZ, M., “La función de la responsabilidad civil extracontractual, cit...,p.. 519 y ss. termina afirmando que las normas de la responsabilidad civil funcionan en tres momentos (antes de la producción del daño, cuando el daño ha surgido y cuando el perjudicado hace valer su crédito). Ello implica que hay un Derecho preventivo de la responsabilidad civil; un Derecho curativo de la responsabilidad civil; y un Derecho ejecutivo de la responsabilidad civil.

dañados, pero si hay lesión se restituye su valor y con ello el ordenamiento se satisface<sup>441</sup>.

Es una institución que no se frustra ni actúa como mecanismos alternativo. Es una institución que recompone el mandato normativo con la reparación y cumple éste con substitutivos del cumplimiento inicial, satisfaciendo al protegido y al sistema normativo. La función de la responsabilidad civil es, sencillamente, tutelar esos intereses, fomentando conductas no lesivas (el que dañe o el que no evite el daño – debiendo hacerlo- repara) o constituyendo al responsable en deudor del titular del interés a través de una *reparatio ficta* que viene a satisfacer el interés normativo de protección.

La pretensión no es prevenir daños ni compensarlos es tutelar los intereses de los efectos lesivos generados por terceros, a través de esas dos fases, exigiendo un marco de protección de carácter normativo y generando a quien incumple esa protección que, debido a su incumplimiento, reparare, restituya (aún como *reparatio ficta*) al estado anterior a su incumplimiento. Obsérvese que el derecho sancionador también delimita, ex ante, un marco de protección de determinados bienes jurídicos, previniendo frente a determinadas conductas pero una vez que se produce el incumplimiento, no hay protección de aquel, sino que hay un efecto retributivo al incumplidor para fomentar la prevención.

Es muy importante, para cerrar el sistema de la Responsabilidad Civil, traer a colación a las omisiones, como conductas, negativas, generadoras de responsabilidad civil. En estos supuestos se plantea la cuestión de por qué alguien que no causa estaría obligado a evitar un daño. Las respuestas a esta pregunta podrían ser varias: para prevenir una conducta típica; un resultado no deseado; para sancionarle por no haber cumplido con el deber requerido; para reparar un daño causado. Como veremos más adelante, las omisiones en la responsabilidad civil son relevantes en cuanto no eviten un daño ajeno, cuya causa no le es imputable al omitente. No estamos omitiendo conductas equivalentes a las causantes del resultado, sino omitiendo conductas exigidas en cursos

---

<sup>441</sup> FIGA FAURA, L., “Concepto de Sanción Jurídica”, en *Anales RAJL*, núm. 25, 1995, p. 81 afirma que en el Derecho Patrimonial la violación de la norma es algo excepcional o casi inexistente, porque “está montado como Derecho efectivamente inviolable: la amenaza –por decirlo así- al posible infractor, no es tal amenaza sino simple advertencia de que más vale cumplir con el mandato de la norma porque, de todas maneras y haga lo que haga, la Ley se cumplirá”.

causales a los que se es ajeno pero sobre los que se tiene el deber de interrumpir para evitar el resultado lesivo. Al igual que con las acciones, el omitente no responde de no acontecer el daño. Pero tampoco lo hace, porque no lo ha generado, si no ha podido evitarlo o no tiene la capacidad de hacerlo. El omitente es quien no lo causa pero tiene un deber especial de intervenir y evitarlo. Este deber puede tener determinadas fuentes pero ninguna puede ligar una omisión responsable a una función ajena a la de la protección de unos intereses.

No se puede hacer responsable a un tercero (recordemos que es ajeno al curso causal) por funciones distributivas (porque esa razón podría justificar una compensación pero no podríamos hacerlo sobre una capacidad de intervención), ni compensatorias (no podemos obligar a reparar a quien hacemos garante, sin saber previamente por qué le otorgamos ese rol, es decir si es condenado es por no haber cumplido el deber omitido, no para compensar porque nos llevaría al mismo lugar que pretender una función distributiva en las omisiones). Por ello, el omitente no es quien tiene mayores recursos, o mejor posición para distribuir el daño, o quien obtiene un beneficio, sino quien ostenta mejor posición o posibilidades para tutelar el interés jurídico. En definitiva, si el omitente es un obligado a evitar un daño, lo más razonable parece ser el amparar el interés en función de un deber de tutelarlos, siempre que sea susceptible de cumplimiento. Ahora bien, si el omitente no cumple su deber y el daño no acontece, su incumplimiento es irrelevante para la responsabilidad civil porque el interés no se ha visto afectado, pero si el daño se ha producido, el omitente también protegerá ese interés a través de un sustitutivo de su incumplimiento que será reparando el daño generado y no evitado. En estos supuestos, el omitente debe tener la posibilidad y la capacidad de actuar conforme a la norma imperativa lo que exige un cumplimiento del deber objetivo de cuidado propio del rol ocupado. Por ello, en este tipo de conductas, o hay reproche o no puede serle exigida la indemnización. Ello acentúa los efectos preventivos, pero en definitiva no es más que una de las dos caras de la moneda de la protección de intereses, que es con la que se paga la función de esta institución.

#### **IV. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA ESTRUCTURA DE IMPUTACIÓN EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL.**

## **A. La problemática de la aplicación de la imputación objetiva.**

### **Relevancia del desvalor de acción en el desvalor de resultado**

#### *1. El análisis de la imputación objetiva en el Derecho Penal, como referente en la Responsabilidad Civil*

En el Derecho Penal, la imputación objetiva implica una atribución normativa de un resultado a la conducta examinada para decidir si se cumplen los elementos del tipo, lo que plantea los problemas exigidos por la separación espacio-temporal de la acción del autor con un resultado tipificado, decidiendo si esa lesión puede imputarse como obra del inculpaado por ser fruto de su acción<sup>442</sup>; lo que conlleva a afirmar que el tipo objetivo no es suficiente para constituir el injusto, ya que es imprescindible la existencia de la parte subjetiva de desvalor que va a condicionar aquella primera parte<sup>443</sup>. El elemento subjetivo, exigido para la imputación, es claramente el elemento esencial para constituir el injusto porque además de su propia existencia como presupuesto condiciona la existencia del elemento objetivo causación del resultado. La causalidad es un elemento extrajurídico que permite entrar en el análisis pero no condiciona la tipicidad. Es, como acertadamente se ha dicho, una condición mínima (obviamente sólo en los delitos de resultado por comisión, pero no los de comisión por omisión) pero condicionada a la relación entre acción y resultado bajo la relevancia jurídica que la misma tenga<sup>444</sup>. Sólo a partir de ese análisis inicial cabe adentrarse en el ámbito normativo y finalista, de la imputación objetiva<sup>445</sup>, que tiene ya como presupuesto la

---

<sup>442</sup> ROXIN, C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*...cit., afirma “pues el primer presupuesto de la realización del tipo es siempre que el autor haya causado el resultado”.

<sup>443</sup> JAKOBS, G., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*...cit., p. 223 afirma del tipo objetivo que “es la parte externa del tipo pero no constituye por sí solo el injusto...el tipo objetivo es el objeto del tipo subjetivo...En todo caso, hay que huir de la suposición de que la realización de un tipo objetivo sea ya una parte de injusto: si al tipo objetivo le falta el correlativo subjetivo, no es cualitativamente injusto”. En relación con la Responsabilidad Civil, nuestra doctrina civilista se muestra conforme puesto que PANTALEÓN, F., “Causalidad e imputación objetiva: Criterios de imputación”, en VVAA., *Centenario del Código Civil*, Madrid 1990, tomo II, p. 1561 deslinda para evitar confusiones los problemas de nexo de causalidad de la puesta a cargo de la conducta de un sujeto del resultado dañoso provocado, es decir, de la imputación objetiva.

<sup>444</sup> JAKOBS, G., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*...cit., p. 237 entiende que la causalidad es la condición mínima de la imputación objetiva del resultado, a la que debe añadirse la relevancia jurídica de la relación entre acción y resultado.

<sup>445</sup> Para la Responsabilidad Civil, en España, véase PANTALEÓN, F., “Causalidad e imputación objetiva: Criterios de imputación”...cit., p.1563 afirma que la causalidad jurídica ha de partir de la causalidad que nos dan las Ciencias de la Naturaleza, que nos

existencia de un elemento inicial de desvalor normativo, como es la imputación al tipo subjetivo<sup>446</sup>.

Para que se produzca la imputación objetiva, es decir, para que se pueda atribuir un resultado a la conducta de su autor son necesarios tres requisitos, que pueden ser definidos como criterios de imputación pero que en realidad vienen, acumulativamente, a ser exigidos para poder atribuir el resultado contemplado en el tipo (la existencia de un riesgo no tolerado; la realización del riesgo en el resultado; y la necesidad de que el ese resultado se encuentre dentro de ámbito de protección de la norma tipificada). La existencia de una serie de criterios individuales, topoi, que pueden posteriormente establecerse, no son más que matizaciones de los tres elementos siguientes.

En primer lugar, el tipo contempla una conducta con capacidad lesiva, con posibilidad de realizar el resultado también previsto en la tipicidad. Para que el efecto lesivo sea imputado objetivamente al tipo penal contemplado (o a cualquier conducta de naturaleza sancionadora prevista), es requisito que el resultado lesivo derive de un riesgo que no sea conforme a Derecho. Es decir, hay riesgos permitidos y riesgos prohibidos, sólo estos últimos son susceptibles de generar resultados relevantes para el Derecho Penal y con posibilidad de ser imputados en el tipo por la conducta generadora del riesgo. Por tanto, los riesgos permitidos aun generadores de efectos lesivos no son relevantes en sede sancionadora y, con ello, impiden atribuir el resultado a la acción analizada. Un problema que se alumbra al hilo de este presupuesto es que ya existe un desvalor de la conducta que, como hemos referido, condiciona el desvalor de resultado. Sólo los riesgos no permitidos son susceptibles de sufrir la imputación del resultado, lo que excluye de la tipicidad resultados causados por riesgos permitidos y permite, al menos, en el Derecho Sancionador, convertirlos en resultados no antijurídicos. Pero, sirva ya de identificación de nuestra posición sobre este tema, que no parece viable denominar a esta atribución jurídica “imputación objetiva” si ya se basa en el desvalor de la conducta, en la existencia de un riesgo ilícito que termina constituyendo el

---

dará, como cuestión de hecho, la relación de causalidad y a partir de ellas entrar en la imputación objetiva, como cuestión jurídica.

<sup>446</sup> ROXIN, C., Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre ...cit., analiza la imputación al tipo objetivo, tras el análisis de la relación causal, como previo requisito de conexión entre la conducta realizada y el resultado producido. Afirma el autor que “el primer cometido de la imputación al tipo objetivo es indicar las circunstancias que hacen de una causación una acción típica” debiendo realizarse sólo a continuación la imputación, en su caso, al tipo subjetivo de la acción, cuya discusión es posterior

elemento subjetivo del injusto<sup>447</sup>, porque para imputar al tipo objetivo se presupone la realización de un peligro que no se encuentra cubierto por un riesgo permitido dentro de lo previsto por el tipo<sup>448</sup> y eso ya, necesariamente, supone, reprochar la conducta, no por ser lesiva, sino por superar el ámbito de lo permitido. El acto ha de ser ya, cuando menos, negligente, y ello sin realizar el análisis de los efectos causados.

Al requerirse, para la imputación del resultado, el necesario riesgo desaprobado, ya se está forzando un juicio apriorístico en los criterios de asignación de ese resultado. Las pautas normativas son, inicialmente, subjetivas y basadas para la atribución del efecto lesivo, en una probabilidad destinada a un fin, que es del reproche de la conducta que ya hemos valorado negativamente porque si no lo hacemos ni siquiera podemos analizar la imputación, puesto que esta carece de relevancia si el riesgo es lícito, puesto que la exigencia de la imputación responde al principio de culpabilidad<sup>449</sup>. Pero eso que se puede justificar en Derecho Penal, cuya función es tutelar bienes jurídicos a través de motivar a no realizar determinadas conductas, no puede sostenerse, en un sentido idéntico, en la Responsabilidad Civil, porque aquí la función de tutela de intereses jurídicos no se obtiene con la motivación sino que también puede desarrollarse, y así lo hace de igual forma, con la reparación. No obstante, nuestra doctrina civilista ha acogido con firmeza estos criterios<sup>450</sup>, a pesar de que incluso puedan defender funciones meramente indemnizatorias<sup>451</sup> de la Responsabilidad Civil, sin que esto termine de casar con la exigencia de un desvalor de la acción para enjuiciar el desvalor del resultado.

---

<sup>447</sup> La Jurisprudencia Penal no ha entendido, inicialmente, ese doble juicio subjetivo, ya que STS S 2ª 05.04.1983 acepta la diferencia entre causalidad e imputación objetiva, afirmando que “la imputación objetiva se sitúa en un momento anterior a la llamada imputación subjetiva”.

La doctrina de esta Sala viene sosteniendo que la relación entre la acción y el resultado no se limita a la comprobación de la causalidad natural, sino que dependerá de la posibilidad de la imputación objetiva del resultado de esa acción. Cabe afirmar que, por regla general, sin causalidad natural no se puede sostener la imputación objetiva, pero que ésta no coincide necesariamente con la causalidad natural. De esta manera, sólo es admisible establecer la relación entre la acción ejecutada y el resultado producido cuando la conducta haya creado un peligro no permitido, es decir, jurídicamente desaprobado, y el resultado producido haya sido la concreción de dicho peligro.

<sup>448</sup> ROXIN, C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre ...cit., p. 364 afirma que “”.

<sup>449</sup> Así lo afirma MIR PUIG, “Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho Penal”, REPC, 05-05 (2003), pag. 19.

<sup>450</sup> Díez-PICAZO, L., *Derecho de daños...*cit., p. 346 y ss. afirma que ha sido PANTALEÓN quién ha recogido la distinción entre relación causal e imputación objetiva para el Derecho civil. El sistema consistiría en partir de la teoría de la equivalencia de las condiciones y, posteriormente en excluir o establecer la imputación objetiva en virtud de los siguientes criterios: riesgo general de la vida; prohibición de regreso; criterio de la provocación; el fin de la protección de la norma; incremento del riesgo o de la conducta alternativa correcta; supuestos de competencia de la víctima; y el criterio de la adecuación como residual que supondría no imputar el daño cuando el evento se hubiera descartado como extraordinariamente improbable.

<sup>451</sup> Nos remitimos al epígrafe correspondiente sobre la función de la responsabilidad civil.



Téngase en cuenta que, incluso en la jurisprudencia penal, cuando no estaban suficientemente contruidos los criterios de la teoría de la imputación objetiva, se anticipaban los problemas de la causalidad antes de adentrarse en el ámbito de la valoración de la negligencia<sup>452</sup>.

El segundo criterio es el de la materialización del riesgo en el resultado que implica la exigencia de que la acción que ha generado el riesgo no permitido se haya concretado en la realización de este último en el resultado previsto en el tipo. Es decir, que este último sea producido por el riesgo ilícito derivado de la conducta analizada. Por lo tanto, si a pesar del riesgo ilícito y el acontecer del resultado, este no es la materialización de aquel, no existiría tal imputación al sujeto que crea el riesgo referido.

Y el último de los criterios exigidos para la imputación objetiva, que se acumula a los dos anteriores, es el de la necesidad que los resultados causados y cuya imputación se pretende, se encuentren dentro del marco de protección de la norma tipificada con la que se pretendía la protección. Es decir, que el resultado producido sea uno de los resultados que la norma penal quiere evitar y por ello la norma le dispensa la correspondiente protección. Así, aquellos resultados aún acontecidos por una conducta que supera un riesgo permitido y genera efectos lesivos no será típica si estos no se encontraban en el fin de protección de la norma que prohibía otros resultados<sup>453</sup>.

Para que el resultado sea la realización del riesgo, se necesita una probabilidad en la que apoyar la conexión causal entre el riesgo desvalorado y el resultado que se desvalora, lo que implica ciertos criterios normativos para determinar en qué grado el resultado deriva de la producción del riesgo. A estos efectos, la imputación objetiva viene a traer determinados supuestos en los que lo que se hace es justamente lo

---

<sup>452</sup> STS S 2ª, 20.5.1981 (RJ 1981/2247) “problema de la relación o nexo causal, que es presupuesto primero y esencial de la imputación «objetiva»», y a falta de toda norma legal su regulación ha quedado confiada a la elaboración jurisprudencial, predominando en las resoluciones de esta Sala la doctrina de la equivalencia que concede el valor de causa a todas las condiciones necesarias para la producción de un resultado, pero como este criterio provoca una ampliación insatisfactoria de la esfera de la responsabilidad criminal se ha sentido la necesidad de acotar y restringir el campo del nexo causal antes de llegar al plano de la culpabilidad, utilizando a estos fines la doctrina de la causa adecuada o eficiente que contempla el problema desde el punto de vista de la acción, o refiriéndose a las consecuencias naturales, lógicas o racionales que lo consideran desde la vertiente del resultado, pudiendo afirmarse como síntesis de lo expuesto, que quien ha puesto una condición «sine qua non» del resultado ha causado el resultado, pero para que éste pueda serle «objetivamente» atribuido es necesario, además, que tal condición sea adecuada, eficiente, o apropiada, conforme a las reglas de la experiencia, para producir el resultado típico, que, por ende, ha de aparecer como consecuencia natural, lógica o racional de la acción - vid. S. de 20 junio 1979 ([RJ 1979/2714](#)), entre otras-.”

<sup>453</sup> GIMBERNAT ORDEIG, E., “Fin de protección de la norma e imputación objetiva”, *ADPCP*, vol. Lxi, 2008, p. 5 y ss.

contrario, no imputar, cuando se dan determinados casos. En la doctrina se aceptan como criterios para delimitar la imputación objetiva, como límites a la responsabilidad por el rol, permitiendo evitar la imputación de la lesión si no son superados<sup>454</sup>: el riesgo permitido; el principio de confianza; la prohibición de regreso; la competencia de la víctima<sup>455</sup>, criterios que se han acogido por la doctrina civilista<sup>456</sup> como pautas para la imputación de los resultados lesivos en la responsabilidad civil, obviando, a nuestro juicio, inadecuadamente, que la teoría de la imputación objetiva fija metas de protección de determinados bienes jurídicos pero sólo frente a conductas especialmente reprochables lo que alimenta la construcción de la imputación objetiva bajo pautas exclusivamente de desvalor de la acción, como juicio previo para desvalorar el resultado.

## 2. Problemas de aplicación de la imputación objetiva a la Responsabilidad Civil. La relevancia de la función tuteladora.

---

<sup>454</sup> STS S 2ª, 20.11.2007 (RJ 2007/995) “La doctrina de esta Sala viene sosteniendo que la relación entre la acción y el resultado no se limita a la comprobación de la causalidad natural, sino que dependerá de la posibilidad de la imputación objetiva del resultado de esa acción. Cabe afirmar que, por regla general, sin causalidad natural no se puede sostener al imputación objetiva, pero que ésta no coincide necesariamente con la causalidad natural. De esta manera, sólo es admisible establecer la relación entre la acción ejecutada y el resultado producido cuando la conducta haya creado un peligro no permitido, es decir, jurídicamente desaprobado, y el resultado producido haya sido la concreción de dicho peligro....declarado que la creación de un peligro jurídicamente desaprobado está ausente cuando se trate de riesgos permitidos, que excluyen la tipicidad de la conducta que los crea, y próximos a estos los casos de disminución del riesgo, en los que el autor obra causalmente respecto de un resultado realmente ocurrido, pero evitando a la vez la producción de un resultado más perjudicial. Son de mencionar igualmente otros supuestos de ruptura de la imputación objetiva entre los que se pueden incluir los abarcados por el principio de confianza, conforme al cual no se imputarán objetivamente los resultados producidos por quien ha obrado confiando en que otros se mantendrán dentro de los límites del peligro permitido, así como las exclusiones motivadas por lo que doctrinalmente se denomina la prohibición de regreso, referidas a condiciones previas a las realmente causales, puestas por quien no es garante de la evitación de un resultado...debe enfatizarse que la ◀imputación objetiva▶ del resultado exige que el riesgo creado por la acción del autor sea el que se realiza con el resultado, y no otro. Es en este condicionante de la ◀imputación objetiva en el que se plantea la presencia de riesgos concurrentes para la producción del resultado, cuestión en la que habrá que estar al riesgo que decididamente lo realiza, como aquellos otros casos en los que no podrá sostenerse la realización del riesgo en el resultado cuando la víctima se expone a un peligro que proviene directamente de su propia acción, en cuyo caso el resultado producido se imputará según el principio de la "autopuesta en peligro" o "principio de la propia responsabilidad". Se trata de establecer los casos en los que la realización del resultado es concreción de la peligrosa conducta de la propia víctima que ha tenido una intervención decisiva.”

<sup>455</sup> Sobre los citados criterios, véase JAKOBS, G., *La imputación objetiva en Derecho Penal...*cit., p. 103 y ss.

<sup>456</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños...*cit., p. 341 y ss. recoge la teoría de la imputación objetiva en sede de Derecho penal de Jakobs que aboga por la delimitación de la imputación en virtud de las figuras de: el riesgo permitido; el principio de confianza; prohibición de regreso; competencia de la víctima.

La configuración de la imputación objetiva en los términos referidos, en el Derecho Penal, genera serios problemas para su aplicación en otros sectores. Así no es coincidente con una teoría de la responsabilidad civil tuitiva de determinados intereses, sino de una responsabilidad civil que pusiera el acento en la prevención de la conducta lesiva, lo que, como ya hemos visto, no acontece en el ordenamiento español. No obstante, no parece haber problemas en la doctrina civilista<sup>457</sup> en utilizar todos los criterios o topos de la doctrina penalista<sup>458</sup>, aunque se termine asumiendo cierta inseguridad e incluso contradicciones<sup>459</sup>.

Los mayores problemas siguen siendo aquellos derivados de la exigencia de una valoración sobre el acontecer lesivo, puesto que no hay unas pautas claras y concisas sobre como establecer la certeza en la realización del riesgo en el resultado y que nos permita contrastar con la teoría de la responsabilidad civil<sup>460</sup>.

En este sentido,<sup>461</sup> no se considera la hipotética producción del resultado ante la amenaza de otro riesgo diferente que inmediatamente lo provocó. En el Derecho Penal no se excluye la imputación ya que se afirma que las normas no limitan la pretensión de validez de los casos en los que el bien no se encuentre ya perdido<sup>462</sup>. En la responsabilidad civil el daño se imputa jurídicamente al autor del mismo, con independencia de que posteriormente el evento se hubiese desarrollado con el mismo efecto, justamente porque ese segundo efecto es el que la normas de responsabilidad civil aplicadas al primer causante tratan de conseguir, que es el devenir causal sin

---

<sup>457</sup> PANTALEÓN, F., “Causalidad e imputación objetiva: Criterios de imputación...cit., p. 1566 y ss. recoge los distintos criterios de imputación objetiva, provenientes de la doctrina alemana: riesgo general de la vida; prohibición de regreso; provocación; incremento del riesgo (risikoerhöhung) “No toda conducta que crea riesgo de lesión de los bienes de los demás puede ser calificada de negligente”; fin de protección de la norma fundamentadora de la responsabilidad “en el campo de la responsabilidad por riesgo: imputación a la esfera de riesgos típicos de la fuente de peligro que la norma pone a cargo del responsable”; la adecuación como criterio subsidiario o residual.

<sup>458</sup> PUPPE, I., “Die Lehre von der objektiven Zurechnung und ihre Anwendung – Teil 2”, *ZJS* 6/2008, p. 600 y ss.

<sup>459</sup> PANTALEÓN, F., “Causalidad e imputación objetiva: Criterios de imputación...cit., p. 1591 afirma que “los criterios de imputación objetiva no son dogmas de contornos perfectamente dibujados, sino tópicos de impreciso halo, en cuanto condensan juicios de valor, a veces contradictorios, y siempre difíciles de aprehender”.

<sup>460</sup> Díez-PICAZO, L., *Derecho de daños...*cit., p. 340 y ss. está de acuerdo con ROXIN, en que la teoría de la adecuación mostró que lo perseguido no es una teoría causal sino una teoría de la imputación, ya que “se intenta da respuesta a la pregunta sobre si determinados hechos causantes deben ser considerados jurídicamente como relevantes y si permiten la imputación objetiva del hecho a una determinada persona. El problema consiste entonces en encontrar los fundamentos de la imputación y tipificar los supuestos que permitan verificarla o excluirla a través de criterios que sean de carácter puramente normativo”.

<sup>461</sup> BACIGALUPO, E., *Principios de Derecho Penal. Parte General*, Madrid 1998, 5ª ed, p. 195 y ss.

<sup>462</sup> BACIGALUPO, E., *Principios de Derecho Penal. Parte General...*cit., p. 195,

efectos lesivos que se corrigen a través de la *restitutio ficta*. Así, atentar contra un interés jurídicamente protegido, aunque el iter posterior demuestre que el menoscabo se hubiese producido en cualquier caso, no exonera de responsabilidad civil, porque el causante al que se imputa la primera lesión debe restituir el daño causado<sup>463</sup>. De lo contrario, lo único que se fomenta es retrasar el cumplimiento hasta ver si alguna causa ajena (acción humana, autolesión o fuerza mayor) hubiera producido el mismo efecto lesivo. En la Responsabilidad Civil no imputamos resultados en función de la relevancia de la acción<sup>464</sup>, sino de la previsibilidad del resultado en función del dominio de la acción<sup>465</sup>. En Derecho Penal si el resultado era ya irremediable se excluye el tipo, al menos el de resultado, pero en la responsabilidad civil con su función de ordenación de los intereses jurídicos y el mandato de respeto a los mismos, el simple ataque causal, previsiblemente lesivo y dominado por el autor, deriva en la imputación, porque sólo así se permite la tutela de los intereses bien evitando su lesión, bien restituyendo a su estado previo al menoscabo. Lo que hacemos es un ajuste patrimonial, desde quién pudo evitar la lesión ajena, no causándola cuando era previsible objetivamente ese resultado, a quién la sufrió. Diferente situación se plantea si el daño ya se produce sobre un interés lesionado que hubiese acabado en el mismo estado en el que termina tras la actuación a la que se imputa ese resultado. Pero en este supuesto, no estamos hablando de imputación jurídica del daño sino del valor de la lesión que al recaer sobre un interés efectivamente menoscabado se determina por el coste necesario para llevar a cabo ese ajuste patrimonial, simulado por la presunta restitución pretendida.<sup>466</sup>

---

<sup>463</sup> V.gr.: si un sujeto derriba una vivienda de manera antijurídica debe reparar el daño causado –el valor de la vivienda– aunque posteriormente la vivienda se hubiese derrumbado por un terremoto.

<sup>464</sup> BACIGALUPO, E., *Principios de Derecho Penal. Parte General...*cit., p. 195 cita que si A dispara un tiro mortal sobre B que ya estaba herido de muerte por C, afirmando que si el bien protegido estaba irremediabilmente perdido el hecho tendría la estructura de un delito de peligro abstracto.

<sup>465</sup> Sobre los orígenes de la imputación objetiva en el Derecho Penal, véase MIR PUIG, “Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho Penal”, REPCP, 05-05 (2003), quien ya afirma que la institución no tiene su inicio en la doctrina penalista sino que deriva de la obra del civilista LARENZ, K., *Hegelszurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*, 1927, si bien la evolución fue inmediata hacia la construcción de la teoría penal por obra de HONIG, *Kausalität und objektive Zurechnung*, en *Festgabe für R. v. Frank*, t. I, 1930

<sup>466</sup> Si se emite unas cuentas anuales de una sociedad de capital conociendo la incorrección de los datos aportados que reflejan un superávit inexistente, y finalmente se muestra dicha situación llevando a la sociedad a un concurso por agotamiento del crédito, los administradores responderán de los daños que se les imputen a previsión de esa situación anómala, entre ellos los de los accionistas por la pérdida de valor de sus acciones, pero esa pérdida no parte del valor de las cuentas elaboradas sino de las verdaderas y finalmente detectadas. Del mismo modo, el atropello de una persona que fallecerá al día siguiente de una enfermedad terminal no excluye la imputación del daño muerte, pero la vida del mismo, el daño es el que tuviera ese interés jurídico al tiempo en que se produce el resultado, y en nuestro supuesto es el equivalente a un día de vida.

En el Derecho Penal, no se estima la imputación objetiva cuando el resultado se produce por un riesgo general de manera sorprendente, fuera del ámbito del dominio del autor. La doctrina penal atribuye este resultado, a los que se denomina riesgo general, a la víctima. Se impide la imputación a quién si le es imputable la condición que motivó a la víctima entrar en el ámbito de esos riesgos generales<sup>467</sup>. No obstante, no imputar no implica justificar un resultado, sino sencillamente no atribuirlo a quien puede haberlo causado fácticamente<sup>468</sup>. Obstaculizar la imputación mediante la calificación de determinados riesgos como de generales, cuando de los mismos dimanen menoscabos para bienes jurídicos protegidos, y en definitiva relevantes para el Derecho Penal, impidiendo la imputación al primer e inexcusable causante es cuando menos de concepción equívoca y no homogénea, en cuanto que si ese riesgo general, en que se realiza el resultado, permite la imputación al que causa ese último riesgo –aunque ese sea aceptable-, por dolo o negligencia, debería derivar en responsabilidad penal. Desde el punto de vista de la responsabilidad civil, no es posible atribuir dicho resultado a quien dominaba la acción inicial causante de un menoscabo determinado, si por interponerse un iter causal ajeno y no dominado, desemboca en otro efecto lesivo. Y la ausencia de imputación sólo puede derivar de la pérdida de dominio que obstaculice el resultado final, de posible intercepción de ser previsible su producción o por la imposibilidad de reconocer la previsibilidad objetiva en estos supuestos, en los que desde el Derecho penal se afirma que el resultado se produce de una manera sorprendente. Es el principio de confianza el que quiebra esta imputación e impide atribuirle el daño a quién actuó produciendo la lesión de la que, sorprendentemente, por un proceso causal posterior, ajeno y no dominado, se deriva el resultado cuya imputación se discute efectuar al primer causante y no necesariamente a otro causante del resultado final. No puede utilizarse, al menos en la Responsabilidad Civil el argumento del “riesgo general de la vida”, si el mismo es atentatorio de los intereses jurídicos protegidos en Derecho Civil.

---

<sup>467</sup> El ejemplo prototípico es el de la lesión producida en la víctima por el agresor, que la obliga a ser hospitalizada muriendo a consecuencia de un incendio en el centro sanitario. Citado por BACIGALUPO, E., *Principios de Derecho Penal. Parte General...* cit., p. 195

<sup>468</sup> Como muy acertadamente dice JAKOBS, G., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación...* cit., p. 245 “Sobrepasar el riesgo permitido es requisito positivo del injusto, no es que mantenerse dentro del riesgo permitido sea una causa de justificación”.

También se ha expuesto en estos supuestos que la solución, desde el Derecho Penal, se encuentra en el tan socorrido ámbito de protección de la norma<sup>469</sup>, en cuanto ésta, aunque esté sin determinarse dicho ámbito en concreto, extiende su protección exclusivamente al primer resultado. En Derecho Penal, basar la denominada imputación objetiva en la violación de la norma objetiva de cuidado supone introducir un juicio de reproche, el desvalor de la acción, de carácter subjetivo, el de la imprudencia, en uno de los elementos tipológicos, teóricamente, de carácter objetivo, el de la imputación objetiva, que implica el desvalor del resultado, que aunque tenga un carácter normativo y no sólo estemos hablando de atribución, distorsiona la construcción jurídica en cuanto la diligencia no sólo eliminaría el desvalor de la acción sino el del resultado, convirtiendo la acción en no típica y el resultado en no antijurídico. Sin embargo, al importar esta institución a la Responsabilidad Civil se pierde la perspectiva y se neutraliza la atribución causal de un resultado, dimanante de la fenomenología, derivado del curso causal natural, con una norma de cuidado violada, que si bien no prevista para tutelar el daño acontecido, altera el juicio de atribución normativa. Porque si la imputación sólo se hace en función de resultados derivados de la tutela que pretende la norma de cuidado violada, la antijuridicidad pierde su sentido en cuanto que la acción típica pierde el desvalor de la conducta cuando ésta se encuentra autorizada<sup>470</sup> y no hace falta analizar la antijuridicidad de una acción no típica.

Pero además de los problemas que conlleva la determinación de los bienes jurídicos protegidos por la norma violada, no se resuelven los supuestos en los que el resultado finalmente acaecido es uno de los que la norma pretende proteger, aunque derive de un iter causal imprevisto o sorprendente, cayendo el primer resultado y finalmente acontecido en el ámbito de protección, si bien con una pérdida de control del curso de acontecimientos que era imprevisible para el que produjo el primer efecto<sup>471</sup>. Así, v.gr. las normas de protección de riesgos laborales tienen un ámbito de protección claramente delimitado. Si un empresario las viola, y no dota de los consiguientes

---

<sup>469</sup> ROXIN, C., Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre ...cit.,

<sup>470</sup> V.gr. Cuando uno cambia de carril en la circulación para evitar el choque con un vehículo que invade nuestro carril y con ello provocamos un daño en una señal de tráfico instalada en el carril ocupado, derivado de nuestra maniobra evasiva.

<sup>471</sup> Así, v.gr. si un trabajador no lleva casco y le cae material de construcción produciéndole un desmayo, consecuencia del cual se le cae también material de construcción no puede serle imputado el resultado si ese segundo material de construcción recae sobre un segundo obrero y no serlo si recae sobre alguien que pasa, respetando las normas, al lado de la obra. En definitiva, la utilización del casco sólo protegería el primer suceso y no el segundo.

elementos de protección a sus trabajadores, debería soportar los riesgos iniciales y los sorprendentes dimanantes de los inicialmente realizados, aunque no fueran previsibles, si se encontraban en el ámbito de las normas de protección. En la Responsabilidad Civil, esos resultados imprevisibles, aún incluidos en el ámbito de protección de las normas infringidas, no pueden serle imputados al causante inicial porque la imputación inicial no tiene en cuenta el reproche sino el control del riesgo y la previsibilidad del resultado.

Si analizamos los supuestos desde el punto de vista del Derecho Civil, como no partimos de acciones negligentes o prudentes, la imputación jurídica, con carácter de normativa, no puede evitarse puesto que el daño necesita ser atribuido o a la víctima, o a un causante o a la fuerza mayor, con el fin de determinar la existencia o no de la responsabilidad civil<sup>472</sup>. Y así, si utilizamos parámetros del Derecho Penal, y excluimos la imputación por no estar el resultado en el ámbito de protección de la norma, se le termina atribuyendo a la propia víctima. Quebrada la previsibilidad y el dominio, el segundo resultado sólo cabe atribuirlo jurídicamente a quién lo causa como consecuencia del previsible y dominado, en su caso, curso causal. Por ello, no pueden aceptarse limitaciones a la imputación jurídica, basándose en supuestos ajenos a la atribución, como la denominada “compensación de culpas” –que en tantas ocasiones se utiliza por la jurisprudencia<sup>473</sup>–, o en la interrupción del nexo causal cuando se entiende

---

<sup>472</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños...*cit., p. 332 afirma que la causalidad además de resolver el problema de la imputación genera el debate sobre los límites del deber de indemnizar.

<sup>473</sup> STS (S. 1ª) 11.11.10, Id Cendoj: 28079110012010100672] “TERCERO.- Concurrencia de culpas. Alcance de la moderación de la indemnización por negligencia del perjudicado.

A) Como recuerda la STS 25 de marzo de 2010 RC n.º 1262/2004 , la existencia de una conducta negligente por parte del perjudicado da lugar a una moderación de la responsabilidad del conductor según el artículo 1.2 LRCSVM . Esta limitación se justifica en que, fundándose la responsabilidad del conductor por daños a las personas en el riesgo objetivo creado por la circulación (artículo 1.1 LRCSVM ), el legislador considera que la negligencia del perjudicado constituye una circunstancia susceptible de ser apreciada objetivamente, la cual, según su grado de relevancia, determina que no sea imputable al conductor en todo o en parte el resultado dañoso producido ( STS 12 de diciembre de 2008, RC n.º 2479/2002 ).

De esto se sigue que la moderación de la responsabilidad del conductor se integra en la apreciación del nexo de causalidad en su aspecto jurídico determinando su alcance. Esta es la razón por la que la negligencia del perjudicado no solamente aparece considerada en las tablas II, IV y V del Anexo LRCSVM como factor de corrección de las indemnizaciones básicas (en relación con el Anexo Primero, apartado 7, LRCSVM), sino también, como elemento determinante del alcance de la responsabilidad del conductor por daños a las personas, en el artículo 1 LRCSVM y en el Anexo Primero, apartado 2 , en el que se contienen criterios para la determinación de la responsabilidad y la indemnización.

En suma, la limitación de la responsabilidad del conductor por negligencia de la víctima obedece a una ausencia total o parcial de relación causal entre su conducta y el resultado producido, y, en consecuencia, afecta al alcance de la responsabilidad civil dimanante de aquella, cualquiera que sea el tipo de indemnización procedente y la persona que deba percibirla.....no se advierte que sea manifiestamente desproporcionada la moderación de la responsabilidad del conductor del camión en un 33%. En efecto, radicando la falta de cuidado del conductor del camión, según la AP, en haber iniciado su marcha inmediatamente después de abrirse el semáforo a la circulación de vehículos, sin esperar un

que existe negligencia en la víctima. Lo relevante, en estos casos, es qué control del riesgo tenía esta última y cómo de previsibles eran los resultados, con el fin de determinar el cauce de acontecimientos de los que desemboca el resultado lesivo<sup>474</sup>. La imputación objetiva implica atribuir el resultado a quien controla, sin examen previo de la diligencia, el riesgo que se realiza en el resultado lesivo. La reducción de una indemnización, en estos supuestos, por imputación a la víctima sólo puede darse si es ella la que también asume, por atribución jurídica del daño al controlar, en parte o totalmente, el riesgo.

En el Derecho Penal, la imputación objetiva tampoco se acepta cuando el riesgo no permitido no se realiza, al contribuir la víctima a la producción del mismo, de

---

tiempo ni asegurarse previamente, mirando por todos los espejos, también el de su lateral derecho, de que no venían más ciclistas y de que dicha maniobra no representaba un riesgo para otros vehículos o peatones, la sentencia no obvia la gran dificultad que tenía advertir la presencia del ciclista, dada la situación -sobre la vertical de la cabina del camión- en que el actor se encontraba al momento de producirse la maniobra de puesta en marcha, ni soslaya, por supuesto, la incidencia causal en el resultado dañoso que tuvo la conducta de la víctima, por circular junto al camión por el estrecho margen que separaba éste de la acera, sin advertir a su conductor de su presencia ante la inminente apertura del semáforo, y por subirse a la acera en unas circunstancias, en que, cualquier error de cálculo o de ejecución, podía desencadenar un accidente.”.

<sup>474</sup> STS (S.1ª) 26.11.10 Id Cendoj: 28079110012010100700: “la limitación de la responsabilidad del conductor por negligencia de la víctima obedece a una ausencia total o parcial de relación causal entre su conducta y el resultado producido, y, en consecuencia, afecta al alcance de la responsabilidad civil dimanante de aquélla, cualquiera que sea el tipo de indemnización procedente y la persona que deba percibirla.....La circulación ofrece, sin duda, circunstancias complejas, especialmente en algunas carreteras, a partir de una presencia combinada de vehículos de distinta naturaleza, potencial y riesgo, junto a ciclistas, motoristas, motociclistas y la inevitable presencia de peatones. Todos ellos crean un riesgo previsible de daño, aunque empleen el cuidado debido en su ejercicio, pero que en la LRCSVM se imputa exclusivamente al conductor de vehículos a motor.

Alguna de estas situaciones concurrentes han sido contempladas en la jurisprudencia de esta Sala, como la del conductor del vehículo de motor y de una persona ajena a la circulación, para establecer como doctrina que “la conducta del conductor por su entidad cuantitativa y cualitativa constituye causa determinante de la colisión, aun cuando exista una contribución causal de la víctima de escasa entidad o desproporcionada en relación con la del conductor del vehículo de motor” ( STS 12 de diciembre 2008 ).

También, en los supuestos de colisión recíproca entre dos vehículos señalando lo siguiente: “el principio de responsabilidad objetiva por riesgo comporta el reconocimiento de la responsabilidad por el daño a cargo del conductor del vehículo que respectivamente lo ha causado, pues resulta evidente que en este supuesto no puede hablarse con propiedad de compensación de culpas, sino que únicamente puede examinarse la concurrencia de causas en la producción del siniestro por parte de los conductores de los vehículos intervinientes”.

El ciclista, desde el momento en que se incorpora a la circulación, asume en parte y de forma consciente el riesgo creado por la conducción vehículos a motor que la Ley pone inicialmente a cargo del conductor del camión. Este riesgo finalmente se materializó mediante su atropello, estando a su alcance evitarlo, circulando el ciclista como y por donde lo hacía, como también pudo evitarlo el conductor del camión, de haber sido más cauteloso a la hora de descubrir la presencia del ciclista por su derecha. En un sistema de responsabilidad como el previsto en la LRCSVM, se debe limitar necesariamente la responsabilidad del conductor por negligencia de la víctima en razón a una ausencia, sino total, si parcial de relación causal entre su conducta y el resultado producido, con evidente reflejo en cuanto al alcance de la responsabilidad civil dimanante de aquélla, como así establece la sentencia de la 1ª Instancia, cuyas conclusiones se admiten al asumir esta Sala la instancia, haciendo inútil el examen del segundo motivo basado en la infracción del art. 1902 del Código Civil” .



manera contraria al deber previo de actuación o contrariamente a sus intereses. Se trata de supuestos en los que el curso causal se inicia por la actuación del sujeto al que se ha analizar la posible imputación de un resultado derivado del inicialmente atribuido, pero que dimana de una contribución decisiva de la propia víctima, afirmándose que el resultado desarrollado no se ha imputar objetivamente al autor del menoscabo fuente “pues su posición de garante no se extiende al comportamiento de la víctima”.<sup>475</sup> En nuestra opinión, en estos supuestos, los resultados no son imputables al autor del daño inicial, no porque el riesgo no permitido no se haya realizado en el resultado (porque pudiera existir dolo y derivar ese mismo resultado del riesgo no permitido que se extiende más allá del menoscabo inicial, aun contra la voluntad de la víctima o sin ésta que a raíz de aquel queda sin posibilidad de decisión y con ello de control del curso causal), sino porque lo relevante es precisamente quién controla el riesgo. Si tras el detrimento imputable al primer causante, sin cuya acción nunca hubiera derivado el resultado lesivo, cuyo juicio de imputación se ha de efectuar, éste pierde el control del curso causal y además el mismo se deriva hacia un control de la víctima o de un tercero, ese traslado es el que permite quebrar la imputación del segundo resultado y no que aquel riesgo no se haya realizado en este, porque en todo caso aquel es fuente causal del corolario finalmente acontecido. Sin embargo, sí debe serle imputado el resultado si justamente con su actuación era previsible que causara un daño inicial y perdiera el control del iter causal, lo que terminaría desembocando en un efecto lesivo más severo del que, de no haber perdido aquel dominio del curso fáctico, habría acontecido. Y esta cuestión, está ligada de manera intensa con la posible posición del causante del primer daño. Si el daño inicial lo causa él y con ello se le imputa jurídicamente, el iter causal, necesariamente en términos de previsibilidad, del que dimanen otros resultados, le colocan en posición de garante de la tutela de los intereses de previsible menoscabo por su inicial causación lesiva. Y aquella posición sólo cesa cuando pierda el control del acontecer fáctico, bien porque el mismo se toma por un tercero o bien porque lo asume o debe asumir la propia víctima, cuya dejación no supone más que la traslación de la imputación hacia el titular de los intereses sometidos a riesgo.

No obstante, como ya hemos señalado, es posible imputar al causante inicialmente imputado si al actuar ya le era previsible la pérdida de control sin tránsito a

---

<sup>475</sup> BACIGALUPO, E., *Principios de Derecho Penal. Parte General...*cit., p. 196 que cita como ejemplo el de la víctima que sufre una herida y no cumple con el tratamiento para prevenir la infección de la que termina falleciendo.

un dominio ajeno, porque de los hechos futuros ya sólo decide el azar y ello porque al único al que se pueda imputar esa dependencia de la casualidad es a quién permitió tal estado con su causalidad.<sup>476</sup> Esta construcción, por la que consideramos, hipotéticamente, al causante inicial ajeno al primer resultado lesivo, a los efectos de examinar su comportamiento tras ese primer menoscabo, y de conformidad con dicho análisis determinar la imputación o no de los detrimentos derivados de ese mismo iter causal, nos permite afirmar que la imputación sólo puede hacerse, única y exclusivamente, si el sujeto tiene posición de garante de los intereses cuyo quebranto puede acontecer. Y si sobre ese análisis añadimos que el iter causal inicial ya le es efectivamente imputado, el segundo resultado sólo le puede ser atribuido si del inicial acontecer le ha dimanado la posición de garante, lo que en Derecho Penal, exclusivamente dimana del supuesto denominado de injerencia. Por ello, sirva a estos supuestos, a los que se les pretende aplicar fundamentos de imputación objetiva en cursos causales, lo que corresponde es la aplicación de posiciones de garante por situaciones de riesgo creado por quién adquiere ese rol. Por ello, creemos que nuestra doctrina civilista no debería importar doctrinas penales al ámbito de la responsabilidad civil sin filtrar sus elementos y, sobre todo, sin considerar las funciones que unas y otras instituciones han de cumplir<sup>477</sup>. No obstante, la jurisprudencia española ha terminado por aceptar los criterios de imputación importados desde el Derecho Penal<sup>478</sup>, aplicados

---

<sup>476</sup> Si un empresario filtra, a un medio de comunicación, información de un competidor, cuya actuación puede ser calificada de desleal y derivar en la consiguiente indemnización de daños y perjuicios, también es responsable si dicha filtración, limitada en su contenido, lleva al medio de comunicación a descubrir y publicar información, lesiva, de un tercer empresario inicialmente no perjudicado no incluido en la inicial deslealtad pero de previsible inclusión por un medio de comunicación mínimamente diligente en su actividad de investigación. Por ejem.: Un empresario filtra información sobre un empresario, competidor del primero, acreditando que fue un pederasta condenado. La información, verdadera, es publicada y al ampliarla se descubre que su actuación ilícita pero irrelevante para el objeto empresarial al que se dedica, afecta a un tercer empresario con el que solía intercambiar archivos por internet, lo que era conocido sobradamente por el primero. En ambos casos, la información les supone un menoscabo de su clientela. Pero mientras que en el primero, la imputación parece obvia, en el segundo interviene de manera eficiente la actividad investigadora del medio de comunicación, pero al entregar la primera documentación y la previsible investigación del medio, de la que dimanaría el resultado, el empresario al que se deben imputar los daños al perder el control del iter causal y no traspasar el control de evitar el daño consiguiente a un tercero o la propia víctima, debe soportar el menoscabo. No podemos obviar, que el medio de comunicación puede publicar la información referida y por tanto, no podemos imputarle daño alguno en cuanto que para ellos ese daño es adecuado al ordenamiento, lo que no acontece con el empresario competidor.

<sup>477</sup> Por el contrario, PANTALEÓN, F., “Causalidad e imputación objetiva: Criterios de imputación...cit., p. 1564 y ss. se lamentaba de que frente al acierto de la doctrina y jurisprudencia patria de Derecho penal —que ha seguido fielmente a la alemana— que ha acogido la distinción entre causalidad e imputación objetiva, la doctrina y jurisprudencia civilista no lo hubiese hecho al tiempo de la publicación de su trabajo en 1990, lo que ratifica, en relación con la jurisprudencia civil, cinco años después, en PANTALEÓN, F., voz “Causalidad (Dº Civil)”, en *EJB*, Madrid 1995, vol. I, p. 973.

<sup>478</sup> STS (S. 1ª) 20.12.07 –RJ 2007/9054 ” Esta imputación objetiva de la responsabilidad, derivada de la

a veces, como criterios de exoneración, a modo de torrente de los topes<sup>479</sup>, sin explicitar cuál de ellos corresponde al caso concreto<sup>480</sup>.

### *3. La imputación del daño en la Responsabilidad Civil. El riesgo de realización previsible como criterio.*

La causalidad no es un criterio suficiente, como es obvio, pero la imputación objetiva, en los términos en los que se ha construido en el Derecho Penal sólo permite acentuar el carácter motivador de la norma, a través de la inclusión del elemento subjetivo en todos los ámbitos de la teoría del tipo, exigiendo, ab initio, el desvalor de la conducta para continuar con el proceso de imputación. Eso implica, transformar la Responsabilidad Civil en un instrumento de prevención general, motivador de conductas no lesivas que legitima el daño cuando el mismo no tiene un reproche a la conducta, cuando esta no supere los parámetros de los riesgos permitidos. Exigir la culpa, como criterio de imputación en la Responsabilidad Civil, transforma la función que ostenta en nuestro ordenamiento y excluye gran parte de la protección que inicialmente debe dispensar a los intereses jurídicos a los que protege. Eso es lo que hace la imputación objetiva puesto que sólo imputa el resultado si el riesgo es desvalorado, es decir si no respeta el deber objetivo de cuidado que se ha de tener en el actuar. A nuestro juicio, incluir esta estructura de imputación, sin tamiz, es un error de

---

posesión o utilización del animal, desplaza hacia quien quiere exonerarse de ella la carga de acreditar que el curso causal se vio interferido por la culpa del perjudicado, que se erige de ese modo en causa eficiente y adecuada del resultado lesivo producido, eliminado la atribución de éste, conforme a criterios objetivos de imputación, al poseedor del animal o a quien se sirve de él. La presencia de la culpa de la víctima sitúa la cuestión de la atribución de la responsabilidad en el marco de la causalidad jurídica, presupuesto previo al de la imputación subjetiva, que exige la constatación de una actividad con relevancia causal en la producción del daño, apreciada con arreglo a criterios de adecuación o de eficiencia, e implica realizar un juicio de valor para determinar si el resultado dañoso producido es objetivamente atribuible al agente como consecuencia de su conducta o actividad, en función de las obligaciones correspondientes al mismo, contractuales o extracontractuales, y de la previsibilidad del resultado lesivo con arreglo a las reglas de la experiencia, entre otros criterios de imputabilidad admitidos, como los relacionados con el riesgo permitido, riesgos de la vida, competencia de la víctima, o ámbito de protección de la norma (Sentencia de [7 de junio de 2006 \[RJ 2006, 8204\]](#), que cita las de [21 de octubre de 2005 \[RJ 2005, 8547\]](#), [2 \[RJ 2006, 129\]](#) y [5 de enero \[RJ 2006, 131\]](#), y [9 de marzo de 2006 \[RJ 2006, 1882\]](#))”.

<sup>479</sup> Puede verse una explicación muy ordenada y adecuada de los criterios de la jurisprudencia civil en XIOL RIOS, J.A., “La imputación objetiva en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo”, *PDD* núm. 84, 2010, págs.. 6 y ss

<sup>480</sup> STS (S 1ª) 16.10.07 – RJ 2007\7102 “Sin embargo, tomadas en cuenta las circunstancias concurrentes no hay base para sentar un juicio de reproche en el ámbito de la culpabilidad -comportamiento negligente, o falta de diligencia-, ni siquiera cabe admitir la atribuibilidad del resultado, con arreglo a los criterios de imputación objetiva ▶ (causalidad jurídica), a la demandada Sra. Rita, ni en la perspectiva de la responsabilidad propia («ex» art. 1902 CC), ni en la de una responsabilidad por hecho ajeno («ex» art. 1903 CC) al no apreciarse la de la persona por quien se ha de responder. Las circunstancias del caso revelan que no hay regla normativa alguna -específica o genérica- de ◀ imputación objetiva que permita establecer la denominada causalidad jurídica, pues la mera expendición de la sustancia (causalidad física) opera como un elemento remoto, abundando en la exclusión de aquélla los criterios de la prohibición de regreso, riesgo general de la vida, imprevisibilidad racional y causalidad adecuada.

construcción dogmática<sup>481</sup>. En nuestra doctrina, con respaldado juicio a esta traslación completa ya han surgido voces en contra<sup>482</sup>. En nuestra opinión, en la Responsabilidad Civil, en los supuestos en los que se busca al autor de un daño por haberlo “causado”, el criterio nunca debe estar basado en una previa desvaloración de su conducta, sino en una imputación jurídica, de valoración por tanto normativizada, basada en la previsibilidad de los efectos de aquel actuar y como no podemos hacer un reproche a un riesgo desaprobado, la previsibilidad debe venir referida a cualquier actividad, lícita o ilícita en su realización, y siempre bajo parámetros de previsibilidad objetiva. Por tanto, el riesgo permitido, o no, carece de legitimación, incluso aunque no esté prohibido, para causar daños a terceros, salvo que la conducta de riesgo pueda ser amparada por la justificación de una razón que el ordenamiento habilite.

Ello implica excluir de este ámbito de la imputación a los criterios subjetivos tradicionalmente defendidos en la teoría de la responsabilidad civil por los motivos que se refieren. En primer lugar, traer en este momento el elemento subjetivo, nos trasladaría a funciones preventivas como justificantes de la institución, cuando esto, como se dijo, sólo un instrumento al servicio de la tutela completa (aunque apoyada en una ficción jurídica) que la Responsabilidad Civil dispensa a los intereses protegidos. En segundo lugar, porque si en una norma general, como la del art. 1902 CC, exigimos la imputación subjetiva ab initio, al tiempo de atribuir jurídicamente el resultado lesivo, estamos determinando que si dicha imputación no procediera -como acontece en el Derecho Penal con la imputación objetiva, cuando el riesgo es lícito-, implicaría la imposibilidad de declarar el daño y la conducta lesiva como antijurídicos y por tanto, lo no antijurídico resulta ser conforme a Derecho, lo que involucraría una facultad a la lesión. Esta posición, como demostraremos posteriormente en el análisis de la Antijuridicidad es incongruente.

---

<sup>481</sup> Aunque un error generalizado. Así KOZIOL, H., “Comentarios al Art. 1:101 PETL...cit., p. 50 afirma que el Art. 1:101 establece que la causalidad no es suficiente para que surja la responsabilidad, siendo necesario que vaya acompañada de otras razones esenciales que serían la culpa, la actividad peligrosa y la responsabilidad por hecho ajeno.

<sup>482</sup> GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., *Imputación objetiva, causa próxima y alcance de los daños indemnizables*, Granada 2008; PEÑA LÓPEZ, F., *Dogma y realidad del derecho de Daños: Imputación Objetiva, Causalidad y Culpa en el Sistema Español y en los PETL*, Cizur Menor (Navarra) 2011 afirma en p. 151, que “Seguir explicando que los criterios de imputación objetiva son aplicables, como elemento común del sistema, a los supuestos de responsabilidad sin culpa no es, desde mi punto de vista, defendible, una vez que se ha comprendido que la imputación objetiva está construida a partir de la culpa”; también, en sentido crítico DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Causalidad en la Responsabilidad Extracontractual: sobre el arbitrio judicial, la “Imputación Objetiva” y otros extremos*, Cizur Menor (Navarra), 2014

Podría oponerse a este argumento que en el Derecho Penal, un daño causado por un riesgo autorizado no se encuentra en el ámbito de la antijuridicidad y por lo tanto, cabría igualmente entender que existe una facultad a la lesividad, lo que obviamente no ocurre. No le falta parte de razón a esa alegación, si se realiza un análisis sectorizado. Un resultado no imputable a un sujeto que realiza una acción de riesgo permitido impide que su conducta sea antijurídica, pero ese ámbito de la conformidad queda restringida al Derecho Penal. No todo lo que no es sancionable es conforme a Derecho. Por el contrario, la norma de la responsabilidad civil que establece la cláusula general de indemnización configura una norma residual para todo el sistema jurídico. Así el art. 4.3 CC establece la supletoriedad del Código Civil en las materias regidas por otras leyes y por ello, al delimitar el ámbito de aplicación a todo lo que no sea regulado por otras normas marca la línea básica (ampliable o restringible por otras normas, pero sólo por otras normas) de la conformidad con el ordenamiento. El Derecho Penal delimita sólo su ámbito de antijuridicidad. El Código Civil, salvo norma expresa, el de todo el ordenamiento.

Es por esto que la única fórmula de imputar un resultado jurídico es acudir a una causalidad normativizada, pero bajo un único criterio. Que el daño generado sea el resultado de la materialización del riesgo que genera, gestiona o controla el responsable y del que, previsiblemente, se derivaría la lesión. Es irrelevante si el riesgo es permitido o no. Y sobre todo, es irrelevante la finalidad del ámbito de protección de la norma, por la sencilla razón de que no hay norma que tipifique conductas específicas en la Responsabilidad Civil, ya que, como hemos indicado, a nuestro parecer, todos los daños, salvo norma de cobertura en su causación, están amparados por la tutela de esta institución. Por ello, el proceso de imputación objetiva sí puede ser denominado así en esta sede, ya que excluimos el elemento subjetivo. Sólo necesitamos que la acción origine un peligro (lícito o no) para el interés al que se dispensa protección y que el resultado lesivo sea la materialización del riesgo al que se ha sometido aquel interés. Quién realizó aquella acción, si de la misma se derivaba la previsibilidad soportará la imputación del daño. Obviamente, este criterio no es únicamente causal puesto que requiere del elemento de la previsibilidad y la materialización del riesgo al que se ha expuesto a la víctima, con control por parte de quien impulsa esa situación, lo que excluye las autopuestas en peligro de la propia víctima y los supuestos de cursos causales interrumpidos por terceros o fuerzas ajenas.

**B. Configuración de la negligencia (infracción del deber objetivo de cuidado) en la estructura de imputación del Derecho Sancionador y en la Responsabilidad Civil.**

Previamente queremos señalar que dado que si bien inicialmente la culpa abarcaba, en la construcción clásica del causalismo, la imputabilidad y las formas de culpabilidad (dolo y culpa), además de la exigibilidad de la conducta distinta, nos vamos a referir, una vez dispuesto el elemento subjetivo en la tipicidad del Derecho Penal, a éste con los términos dolo o negligencia, reservando el término culpa para el examen de la imputabilidad y la exigibilidad de la conducta alternativa. Este uso terminológico se efectuará también en sede de responsabilidad civil. Así, la negligencia se utilizará para definir la violación del deber objetivo de cuidado, del rol atribuido, de la violación de la evitabilidad del resultado, mientras que la culpabilidad se empleará para la incapacidad de motivación del sujeto sobre el que se realiza el reproche de la conducta.

Partiendo de la cuestión previa referida, a efectos de evitar confusiones terminológicas, pretendemos analizar el papel que le corresponde a la negligencia en la estructura de imputación de la Responsabilidad Civil, frente al Derecho Sancionador.

En la construcción causalista, se entiende que el tipo penal contenía una mera descripción de la conducta delictiva, por lo que el tipo se realiza si el comportamiento del sujeto tiene un nexo causal con el resultado que se pretendía evitar. Por lo tanto, únicamente se desvaloraba el resultado sin un juicio inicial de la conducta, que sólo ya se entendía contraria a Derecho si se cumplía en su integridad la tipicidad y la antijuridicidad, es decir, la ausencia de causas de justificación. Y tras ese examen se realizaba la valoración de la conducta en sede de culpabilidad, determinando si existía dolo o culpa. Por el contrario, a partir del sistema finalista, ya la conducta se valora en la propia tipicidad, pero no como un elemento más, sino como el requisito necesario,

aunque no suficiente, para que el tipo se cumpla. Y ello porque afecta no sólo al desvalor de la conducta realizada en el tipo, sino al desvalor de resultado delimitando la construcción de la imputación objetiva. Ello normativiza, de manera completa, una atribución que pierde cualquier vinculación con la causalidad física, porque lo relevante no es el desvalor del resultado, sino el desvalor de la acción que condiciona, inexorablemente, por la integración del elemento subjetivo en el tipo, el reproche del resultado.

Si aplicamos los criterios de la imputación objetiva a la Responsabilidad Civil, vuelve a retornarnos a posiciones pretéritas de análisis, puesto que obliga a realizar un juicio de valor desde la óptica de la conducta y no del daño. No se busque en este argumento posiciones contra legem, atribuyéndonos una posición que niegue la relevancia de la culpa, puesto que el art. 1902 CC es muy claro en el reconocimiento de la relevancia culpabilística (como sinónimo de negligencia) entre los presupuestos de la responsabilidad civil. La negligencia es un presupuesto para la condena, salvo norma expresa en contra, pero debemos determinar si la culpa imputa, es decir, si sirve, como en el Derecho Sancionador, para imputar resultados o sólo sirve para exonerar de la responsabilidad a aquel que actúa diligentemente. La diferencia no es mera discusión académica sino que tiene efectos prácticos muy relevantes.

La culpa se insertaba, en el sistema causalista en el reproche efectuado al imputado. En la teoría finalista, la culpa mantiene el reproche (imputabilidad, conocimiento de la antijuridicidad y exigibilidad de otra conducta) tras la antijuridicidad y traslada a la tipicidad el elemento subjetivo de la conducta (dolo o negligencia), insertándolo como elemento del tipo. La culpa (a la que, como hemos indicado, denominaremos negligencia para distinguirla de la fase de reproche al sujeto), tipificada (dolo o imprudencia) supone el elemento que describe el desvalor de la conducta por buscar la lesión del bien jurídico protegido, o por lesionar el deber objetivo de cuidado que el tipo pretende proteger<sup>483</sup>. Con ello la conducta tiene que ser típica (incluye la

---

<sup>483</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños...*cit., p. 354 y ss. defiende la existencia de cuatro concepciones distintas de la culpa: la concepción psicológica de la imprudencia que reflejaría escasa utilidad en la Responsabilidad Civil; la concepción ética que supone inseguridad e imposibilidad de conocer a priori cuál es la diligencia exigible; la concepción normativa que supone un reproche por la infracción de una norma preexistente y que plantearía el problema de delimitar cuáles son las normas de que derivan los deberes de cuidado (no habría problemas si las ha configurado el ordenamiento de manera expresa, pero sí aparecen cuando se exige una diligencia social necesaria que evite el daño); la concepción económica que satisface parcialmente al Profesor Díez Picazo puesto que exige que se tengan en cuenta a la hora de valorar la diligencia, los sacrificios exigibles y los límites de estos, donde la economía debe tener

imprudencia derivada de la lesión del deber objetivo de cuidado), antijurídica y culpable (reproche al sujeto).

La tipicidad de conductas prohibidas es ajena al sistema, a los fines y al régimen de intereses patrimoniales que a través de la institución de la responsabilidad civil se pretende tutelar. No se persiguen conductas, sino corregir efectos lesivos, restituir las indebidas alteraciones en los intereses a los que el ordenamiento les dispensa protección. Por ello, la negligencia –no hay daños imprudentes, sino actuaciones humanas imprudentes-, es extraña a la configuración de un tipo lesivo como fuente de la obligación indemnizatoria, porque la responsabilidad civil actúa frente al causante para reparar el daño causado y no para reprochar a quién actúa violando los deberes objetivos de cuidado. Esta situación es la que corresponde a una institución, la Responsabilidad Civil, separada ya en sus funciones, aunque no completamente en su régimen, del Derecho Penal del que dimanó históricamente<sup>484</sup>.

La responsabilidad civil, que se mantiene en el causalismo objetivo normativo, no tipifica conductas, aunque requiera la negligencia, e incluso, la culpa, para el nacimiento de la obligación indemnizatoria. No requiere un desvalor de la conducta para imputar daños, sino cuáles son los presupuestos para que aquella obligación nazca (entre ellos, la negligencia y, en su caso, la imputabilidad). Que esto es así, lo corrobora el propio ordenamiento, con la existencia y la posibilidad de que el legislador constituya como obligado al causante de un daño, aunque su actuación sea diligente, lo que

---

presencia, pero por otro lado afirma que “el concepto de diligencia, desde nuestro punto de vista, más parece un concepto normativo que un concepto puramente económico”.

<sup>484</sup> PENA LÓPEZ, J.M., “La Responsabilidad Civil Extracontractual. El Sistema Español de Derecho de Daños...cit., p. 34 y ss. afirma que tras la revolución industrial y su consiguiente evolución comienzan a aparecer leyes que consagran la responsabilidad objetiva, siguiéndoles una evolución jurisprudencia que reinterpreta los Códigos Civiles “en clave objetiva”, a lo que se añadiría el principio de solidaridad social derivado del Estado Social de Derecho. Esta evolución supondría la existencia de dos zonas en la responsabilidad civil: con o sin el principio de la culpa. Esta situación provocaría varias alternativas: se afirma el principio monocéntrico situado en la culpa con lo contrario como excepción o al contrario con la culpa como excepción; situación policéntrica con coordinación entre ambos ámbitos, donde por un lado cabría afirmar la existencia de equivalencia entre los dos principios (donde destaca la posición de TRIMARCHI que aboga por la responsabilidad objetiva en las actividades empresariales, como instrumento de eficiencia económica y de responsabilidad culpable en las actividades “biológicas”), o de polivalencia de los dos principios (BUSNELLI O LE TOURNEAU), que abogaría, sin subordinación alguna, por dotar a la culpa de ámbito universal, salvo disposición contraria, que justificaría incluso en la responsabilidad objetiva, una función complementaria de la culpa, que sería el Derecho General frente a un Derecho Especial, integrado por la responsabilidad sin culpa (así se justificaría la ausencia de indemnización en supuestos de culpa de la víctima, la acción de regreso del objetivamente responsable frente al culpable o que la responsabilidad del culpable subsista cuando existen límites indemnizatorios).



convierte a la imprudencia en un mero elemento contingente y excluye su configuración como presupuesto de la misma.

Incluso en sistemas calificados por la tipificación, y no por la existencia de cláusulas generales, como el ordenamiento alemán, la tipicidad no viene referida a conductas sino a los daños, por lo que el daño (menoscabos de intereses a los que el legislador les otorgue una protección) no tipificado, salvo en supuestos de dolo (§ 826 BGB), es ajeno a la configuración del sistema indemnizatorio, con independencia de la conducta y del desvalor que sobre ésta recaiga por haber sido realizada negligentemente. Por ello, insertar la negligencia en la imputación supondría delimitar, previamente, conductas relevantes y, lo que es más importante, legitimar la lesión del interés, inicialmente protegido, al carecer de relevancia el daño causado ausente la negligencia en la actuación que es su causa, lo que terminaría convirtiéndolo en conforme a Derecho. Si ello se aceptase, si el daño causado, ausente la culpa en la actuación que lo motiva, fuese conforme a Derecho, por carecer de antijuridicidad —ésta sólo dimana de la tipicidad no cubierta por una causa de justificación— el daño no sería contrario a Derecho y con ello, no cabría la legítima defensa, prevista para la autoprotección frente a ataques no amparados por el Derecho.

En el Derecho Penal, la ausencia de negligencia (no hay una infracción del deber objetivo de cuidado que se realiza en un riesgo no permitido) en la conducta, excluye la tipicidad y consiguientemente la antijuridicidad, pero no convierte necesariamente al destinatario de la acción amenazante (no negligente) en un sujeto obligado a la pasividad en la tutela de sus intereses. Y ello es necesariamente así porque el ordenamiento legitima otra tutela y es la de la protección, aún ante la ausencia de negligencia, frente a quién amenaza con su proceder los intereses a los que el ordenamiento dispensa la tutela. El ordenamiento no establece un único nivel de antijuridicidad sino distintos, y desde luego, el del Derecho Penal es el más elevado pero, por ello, no el único. Baste poner un ejemplo con base en la nulidad negocial. Una conducta, no culpable, pero contraria al ordenamiento (contratar con un menor de edad que simula tal vicio en el consentimiento), es antijurídica por mucho que esté ausente la negligencia de la otra parte contratante, aunque pueda ser irreprochable, pero no por ello pierde su naturaleza contra ius.

Si el escalón último es el Derecho Penal en la tutela, el más básico es aquel que permite la restitución al estado previo a la antijuridicidad del menoscabo sufrido por los intereses protegidos. Exigir la negligencia, para la antijuridicidad, en este trecho del iter estructural de la obligación indemnizatoria legitimaría de facto una desprotección frente a embate a los intereses amparados, ya que, si no hay infracción del deber objetivo de cuidado, el daño no sería antijurídico y con ello, conforme a Derecho.

Por ello, en la Responsabilidad Civil, no hay elemento subjetivo en la imputación del daño a un causante, porque no se valora, no se ha de desvalorar, la conducta de aquel sino sólo juzgar la adecuación del daño sufrido al Derecho, determinar la atribución del resultado a uno de los sujetos que condujo el proceso causal para su obtención, con independencia de si hubo negligencia o no en dicha actuación, porque lo relevante no si la acción era imprudente sino si a la misma se le puede imputar, jurídicamente, además de fenomenológicamente, el resultado lesivo no deseado. Esa imputación, jurídica, no se examina y decide en virtud del reproche al causante – como hace el Derecho Penal que tipifica las acciones más inaceptables para el sistema jurídico y por ello le es imprescindible al menos la existencia de imprudencia (acentuando su fragmentación puesto que sólo se reprime cuando expresamente lo disponga la Ley, porque en su defecto el tipo sólo comprende el supuesto doloso ex art. 12 CP). La imputación se decide en función de la previsibilidad objetiva del daño<sup>485</sup> como resultado del curso causal dominado por aquél a quién se le pretende imputar, aunque su actuar sea diligente y respetuoso con los deberes de cuidado, cumpliendo las pautas expresas de actuación determinadas por el ordenamiento para la realización de la actividad lesiva. La antijuridicidad, como presupuesto ontológico de la responsabilidad civil, requiere de una previa imputación del daño a quién lógicamente no es el titular del interés menoscabado lo que nos lleva a exigir sólo elementos objetivados (previsibilidad más control del curso causal del que dimana la lesión) y, en su caso, el conocimiento específico del causante.

---

<sup>485</sup> PANTALEÓN PRIETO, F., voz “Culpa (Dº Civil)...cit., p. 1864 afirma que la culpa existe cuando no se prevé la falta de cumplimiento o el evento dañoso que era previsible o no se evita la falta de cumplimiento o el evento dañoso evitable. Exige el Profesor Pantaleón que los conceptos de “previsible” y “evitable” se apliquen “con referencia a un concreto nivel de exigibilidad de prever y evitar” siendo imprescindible que se precise ese nivel. Así, continúa, en el Derecho Penal, se utiliza un patrón subjetivo o concreto, por lo que existe culpa cuando se le puede haber reprochado o haber previsto o evitado el resultado típico, en virtud de sus determinadas condiciones personales, mientras que para el Derecho Civil el patrón de diligencia será abstracto u objetivo, al exigir una diligencia que “era razonablemente exigible de una persona media en el sector del tráfico en cuestión”.

Exigir un elemento subjetivo, un deber de cuidado entendido subjetivamente conllevaría que, el sujeto con conocimientos o capacidades individuales inferiores a la media objetivada, no tuviera que hacerse cargo de daños que le son imputados frente al resto de sujetos que en idénticas condiciones sí responderían, amparado aquel en su menor capacidad o conocimiento, desprotegiendo los intereses tutelados, frente a los cuáles la propia víctima no operó con la autotutela, en virtud de la apariencia generada por la situación, frente a la cuál el causante, por sus inferiores condiciones, no actuó como le era esperado a cualquier otro ciudadano. Ello violaría la tutela dispensada por el ordenamiento, haciendo inoperativo el sistema de la *restitutio ficta* y haciendo inoperante la función de la Responsabilidad Civil. Ello se produciría no porque el daño no se hubiera producido, no porque no fuera antijurídico, no porque no le fuera imputado a un sujeto concreto, sino porque éste no podía prever el daño, a pesar de que en la generalidad de las relaciones sociales vigentes en ese instante, era previsible que esa perspectiva existiese. Ello dejaría desasistida a la víctima, basado en la tutela de quién debió abstenerse de actuar o tomar mayores medidas preventivas por su menor conocimiento o capacidad para evitar el daño. A todo ello, se añade que el establecimiento de reglas, o conductas estándar, pautas de actuación, protocolos, etc., no generaría seguridad jurídica, quebrantando el principio de confianza que ha de regir las múltiples relaciones sociales, ya que la aplicación de las mismas se realizaría en función de las cualidades personales de cada causante, lo que dejaría el sistema jurídico en un conjunto de propósitos o buenas intenciones proteccionistas y no de un sistema vinculante de tutela de intereses con relevancia jurídica.

Hay imprudencia al realizar la actividad y lesionar o al decidir ejecutarla sin las cualidades adecuadas, perdiendo el control del riesgo que se realiza en la lesión. En ambos casos, se viola el deber de cuidado exigido. No obstante, y en virtud de la función pretendida por la responsabilidad civil a través del mecanismo de la prohibición de las acciones lesivas, no se justifica una negligencia excluyente de una acción lesiva por el hecho de que el sujeto no tuviera condiciones para respetar la norma, porque en todo caso, se ha alterado el *status quo*, menoscabando el interés al que se le dispensaba tutela. Si la responsabilidad civil, en sede de acción, tuviese funciones preventivas, no cabe duda de que esa sería la pauta a considerar, ya que para que se conduzcan las conductas de los destinatarios de las normas, es presupuesto básico que éstos puedan atender al cumplimiento de la norma, y esta deviene de la diligencia exigible. Aunque

también se podría decir que la prevención está en indicarle a ese sujeto que no realice la correspondiente conducta, al no poder mantener controlado el riesgo que de ella dimana.

En el ámbito del Derecho Penal, en los delitos imprudentes, el reproche se efectúa sobre la acción, desvalorándola, por ello se desaprueba jurídicamente la forma de realizar la conducta, porque con la prohibición penal de determinados comportamientos, realizados al menos por imprudencia, lo que pretende es motivar a los ciudadanos con el fin de que al actuar y realizar determinadas conductas, actúen utilizando el cuidado exigible con el fin de evitar que se produzca el resultado lesivo para el bien jurídico que protege el tipo penal, es decir, que lleven a cabo la actividad con la diligencia debida<sup>486</sup>. Si la norma no es esencialmente motivadora de la conducta sino un instrumento de tutela de intereses en pos de un mantenimiento de las posiciones jurídicas reconocidas y protegidas frente a ataques ajenos al titular del interés, la diligencia desplegada es irrelevante para el reproche que no se basa ya en una desvaloración de la conducta, sino en el desvalor del resultado derivado de la misma, aunque la misma se haya llevado a cabo diligentemente, justamente porque el desvalor del resultado, de por sí, es ya contrario al interés del ordenamiento, y, por tanto, antijurídico. Por ello, el desvalor de resultado, basado en una justificación de diligente actuación en su causación, no puede decaer, puesto que el mismo sigue siendo contrario a la tutela dispensada. La vida no sólo se protege frente a conductas dolosas o culposas sino también frente a las diligentes, porque el actuante diligente carece de legitimación para menoscabarla.

En los delitos imprudentes, en el tipo subjetivo se incluirían los elementos del tipo referidos al autor y a las representaciones que el mismo se realice<sup>487</sup>, incluyendo tanto la culpa consciente como la inconsciente. Esto último viene determinado por la representación que del resultado lesivo se hace el autor y por lo tanto a la percepción del *iter causal* que dimana de su conducta va a derivar, esperando en el primer supuesto, la culpa consciente, que el resultado no acontezca, aún siendo consciente de su infracción del deber objetivo de cuidado, siendo la culpa inconsciente la ausencia de conocimiento de la infracción de la norma de cuidado exigida en el tipo objetivo del delito imprudente. No obstante, en la imprudencia consciente se afirma que si el dolo es

---

<sup>486</sup> MUÑOZ CONDE, F., *Teoría general del delito...*cit., p. 84

<sup>487</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Cizur Menor (Navarra) 2010, p. 528 y ss. donde, además se exponen las doctrinas que niegan la existencia de tipo subjetivo en el delito imprudente.

el conocimiento del peligro concreto y la culpa la ausencia de ese conocimiento, conllevaría que la culpa sólo podría ser inconsciente, sin embargo se admite que en la imprudencia consciente sólo tiene que conocerse el peligro abstracto<sup>488</sup>. Por el contrario en la imprudencia inconsciente el sujeto desconoce el peligro, tanto concreto como abstracto y se desvalora su acción porque tenía la posibilidad y obligación de conocer el peligro<sup>489</sup>. Se defiende que aunque si el sujeto no se representa el peligro no podrá motivarse para corregir su acción, por lo que debería rechazarse la punibilidad al chocar con el principio de culpabilidad<sup>490</sup>, si bien se expone que si la norma de cuidado es el comportamiento adecuado a las normas, la motivación de actuar conforme a las mismas no estaría en la representación del peligro<sup>491</sup> y por lo tanto la conducta debe ser conforme a la misma. Por el contrario, en la Responsabilidad Civil, lo único exigible, si aceptamos una construcción de imputación que maximice la protección de los intereses con relevancia jurídica, sería la previsibilidad objetiva sobre la producción del resultado y la relación de causalidad con el riesgo controlado—lo que es exigido por nuestra teoría para delimitar el perímetro de daños imputables a la acción del sujeto, susceptible de ser declarado responsable de los daños-, pero reenviaría a la categoría de la culpabilidad la inobservancia del cuidado objetivamente debido y, en su caso, su propia previsibilidad o representación del resultado lesivo —inexistentes ambos requisitos en la responsabilidad sin culpa- ya sea la que sí previó o la que debió prever.

Si a través de la responsabilidad civil las acciones lesivas asumen restituir el daño por la imputación de ésta a aquel actuar, que puede haber sido lícito, hemos de suprimir de la imputación la propia culpa (como reproche, conocimiento de la antijuridicidad y la imputabilidad), como hace expresamente nuestro CP (art. 118) para los incapaces<sup>492</sup> y, también, la imprudencia (como violación de un deber objetivo de cuidado conscientemente o no). Esto último, permite justificar una Responsabilidad Civil con efectos correctivos del daño causado y contraponer la función de esta institución a la del Derecho Sancionador, cuya pretensión de tutela de bienes jurídicos sólo actúa ex ante, mediante la prevención general, a través de mecanismos represivos

---

<sup>488</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Tratado de Derecho Penal. Parte General...*, cit., p. 529

<sup>489</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Tratado de Derecho Penal. Parte General...*, cit., p. 530

<sup>490</sup> BACIGALUPO, E., *Principios de Derecho Penal. Parte General*, Madrid 1998, p. 250

<sup>491</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Tratado de Derecho Penal. Parte General...*, cit., p. 530

<sup>492</sup> MEDINA CRESPO, M., “Responsabilidad extracontractual: La articulación refundida de sus disciplinas divergentes...cit., p. 39 aboga porque los enajenados, embriagados y toxicómanos que causen daños injustos, incurrir en responsabilidad civil, porque se han producido en virtud de su propio descontrol del que tienen que responder”.

de conductas indebidas. La Responsabilidad Civil, sin embargo actúa ex ante, con la amenaza de la indemnización y ex post, con la reparación con categoría de ficción jurídica. La imputación de un año a un inimputable como efectúa el ordenamiento español (art. 118.1ª)<sup>493</sup>, requiere de la imputación del daño a la conducta imprudente y la antijuridicidad pero la ausencia de la culpa. Estos supuestos no son de responsabilidad objetiva<sup>494</sup> sino de responsabilidad con reproche de la conducta, del resultado pero no del autor.

La responsabilidad por negligencia o, más bien, la no responsabilidad civil ante la ausencia de negligencia del causante al que se imputa jurídicamente el daño, es la norma básica de nuestro sistema de responsabilidad civil extracontractual (art. 1902). Por lo tanto, el sujeto causante sólo responde si además de la imputación actuó violando el deber objetivo de cuidado, actuación imprudente de la que dimana el daño, siendo irrelevante si la norma violada trataba de tutelar o no los daños que finalmente causó el imputado, porque lo que trasciende es que éste cumpliera exclusivamente con el protocolo correspondiente a ese concreto deber de cuidado cuya violación produjo el efecto lesivo (por ejem.: si un sujeto conduce correctamente y atropella fortuitamente a alguien responde, salvo que pruebe que cumplía con el deber objetivo de cuidado y la culpa sea exoneradora de la responsabilidad –como ocurre en España con los daños a los bienes-). Que el fin de protección de la norma es ajeno a la exoneración deriva de que lo relevante es la violación de la norma cuyo cumplimiento permitiría la exoneración y no qué tutela de intereses o finalidad perseguía aquella (un conductor responde del daño causado si se salta un semáforo y atropella a un tercero no sólo frente a aquel a quién atropelle –interés perseguido por la norma que establece el deber objetivo de cuidado para respetar los intereses del resto de usuarios de la vía pública - sino frente al dueño del vehículo que conduce, al que se lo había sustraído, pedido prestado o usado sin autorización).

En Derecho Penal se parte de la consideración, extrapenal, de que determinadas actividades son beneficiosas para la sociedad, a pesar de que puedan menoscabar determinados intereses o bienes jurídicos, lo que implica su admisión pero nunca una

---

<sup>493</sup> Véase sobre esta cuestión, YZQUIERDO TOLSADA, M., *Aspectos civiles del nuevo Código Penal*, Madrid 1997.

<sup>494</sup> En contra, PEÑA LÓPEZ, F., “El Criterio de Imputación (II. La Culpabilidad)...cit., p 113 afirma que los sistemas que atribuyen responsabilidad a un inimputable deben ser considerados de responsabilidad objetiva.

legitimación en la producción de los daños, aunque se observen las normas de cuidado exigidas. La inexistencia de una desvaloración del riesgo, ya en la inicial imputación del resultado, quiebra la tipicidad penal y con ello impide entrar en el análisis de la antijuridicidad por ser la conducta atípica penalmente, pero, por obvias razones, no nos encontramos ante daños justificados, frente a los que sólo quepa la resignación. El Derecho permite las actividades socialmente beneficiosas, aún lesivas, si se enmarcan en un quehacer óptimo, pero no permite los efectos lesivos en sí mismos, por mucha que sea la diligencia que se despliegue en la actuación fuente del daño. Por ello, a través de la Responsabilidad Civil, en estos casos, si la negligencia –violación del deber de cuidado objetivamente exigible- es requerida, el sujeto se exonera de indemnizar, no por la admisión de la actividad sino por el cumplimiento de la diligencia debida en su realización, a pesar de su efecto lesivo. Por el contrario, si la negligencia es excluida, como elemento de la obligación indemnizatoria, la imputación del daño a la actividad social realizada, observando las normas de cuidado exigidas, no implica un reproche a la propia conducta, en sí misma, sino un desvalor en cuanto generadora de un resultado no deseado, constituyendo la obligación de reparar el daño causado a raíz de esa actividad lícita, o no, pero cuyos resultados no son aceptados.

El hecho de que la actividad peligrosa sea más o menos aceptada socialmente, en el sentido de que se abstendría de realizarla aquella persona sensata, es irrelevante a estos efectos puesto que si existen pautas de diligencia es porque su desarrollo se legitima por el ordenamiento, dentro del marco de esas normas de actuación. La acción es peligrosa desde el momento en que incrementa el riesgo de realización del resultado, con independencia del grado de prudencia que sea necesario para su desenvolvimiento.

La delimitación del deber objetivo de cuidado puede venir determinado por normas legales, reglamentarias, profesionales, deontológicas, corporativas, por la costumbre, por reglas de experiencia, criterios jurisprudenciales y en caso de inexistencia habrá de acudir a criterios generales<sup>495</sup> como el del buen padre de familia, empresario diligente, etc. teniendo en cuenta las concretas circunstancias que se desarrollaron, observando cuál sería el actuar del ciudadano medio, o en su caso, del

---

<sup>495</sup> PENA LÓPEZ, J.M., “La Responsabilidad Civil Extracontractual. El Sistema Español de Derecho de Daños...cit., p. 32 afirma que en los códigos civiles decimonónicos la culpa no tiene un fundamento moralizantes de conductas sino que pretende repartir los daños entre víctima y autores, permitiendo la libertad de acción, en virtud de la culpa, sin que el juicio de culpabilidad sea un juicio de la moralidad de conducta que se analiza, lo cuál encuentra su principal apoyo en que la conducta se considera culposa cuando se aparta de la conducta del modelo establecido.

rol medio que desempeñaba el causante (empresario, médico, etc.), todo ello, con el fin de evitar el efecto lesivo que el autor de la actividad realizada puede y debe prever. La diligencia está en el desarrollo de la acción lesiva, no en la voluntad de quién la realiza ni en la capacidad de quién lo lleva a cabo. Lo importante es el contraste entre el actuar realizado y el que, según el deber de cuidado objetivo, se debería haber realizado, con independencia de quién sea el actor. Ello excluye contraposición de intereses y subordinación al interés más relevante para el ordenamiento.

En la Responsabilidad Civil, la exigencia de la negligencia no implica un criterio de imputación<sup>496</sup>, ni tan siquiera en igualdad de condiciones con otros fundamentos como el riesgo<sup>497</sup>, de un resultado lesivo a la concreta conducta del sujeto, cuya relevancia se analiza. La negligencia implica la integración del elemento en una estructura de imputación sometida a la protección de los intereses a los que el ordenamiento dispensa tutela exigiendo determinados comportamientos, que aún lesivos, permiten armonizar la deseada garantía con la necesaria, incluso fomentada, realización de actividades socialmente beneficiosas (conducir, industria farmacéutica, administradores de sociedades mercantiles, etc.). Por ello, cuando la negligencia se analiza, no puede hacerse desde la óptica, inadecuada y contraproducente, de las normas que persiguen conductas y no resultados, tal y como acontece con el Derecho Sancionador.

Esta interpretación que permite imputar siempre sin negligencia, retrasando ésta, cuando la norma la exige, al momento del análisis de la culpa, no encuentra tantos problemas en sede de instituciones que procuran la restitución del estatus quo vulnerado (v.gr. la nulidad), aún sin negligencia, sencillamente porque ese requisito como presupuesto de la responsabilidad dejaría sin efecto la tutela dispensada por el ordenamiento, impidiendo el restablecimiento del estado ex ante a la lesión<sup>498</sup>. Y esas posibilidades se

---

<sup>496</sup> En sentido contrario PANTALEÓN PRIETO, F., voz “Culpa (Dº Civil)”, en *EJB*, vol. II, Madrid 1995, p. 1863 afirma que la culpa es una de las razones que justifica la transferencia del daño de la víctima a otro sujeto.

<sup>497</sup> KOZIOL, H., “Comentarios al Art. 1:101 PETL ...cit., p. 50 afirma que la culpa, en la Norma fundamental no se considera como categoría fundamental y el riesgo y la responsabilidad por hechos ajenos como excepciones, sino que “se conciben como áreas de responsabilidad diferentes que se basan en distintos fundamentos y que coexisten una al lado de la otra”.

<sup>498</sup> HUERGO LORA, A., *Las Sanciones Administrativas...*cit., p. 229 afirma que “es impensable que las medidas de protección de la legalidad urbanística puedan quedar sin efecto por circunstancias subjetivas del sujeto contra el que se dirige, como la falta de culpa, precisamente por esta implicación directa de intereses públicos y de terceros, pues ello equivaldría a reconocer que se admite un daño a esos intereses públicos o de terceros”. Por el contrario, la protección de terceros o del interés público no puede quedar



arbitran justamente porque lo contrario serviría para legitimar las lesiones de intereses jurídicamente protegidos, si ese elemento no brota en la conducta del que en caso contrario sería responsable. Hemos de reiterar que la responsabilidad civil no tiene objetivos punitivos<sup>499</sup> y su objetivo no son las conductas sino los daños.

Si con la responsabilidad civil lo que pretendemos es tutelar la legalidad, la tutela dispensada a unos intereses jurídicamente protegidos frente a los ataques de terceros, la negligencia, frente al daño antijurídico imputado, sólo sirve de causa de exoneración. Y aquel causante al que se le imputa el daño, un daño contra ius, se libera si acredita su diligencia. Pero lo hace obligando a la víctima a soportar la obligación de restitución del interés que aquél ha menoscabado, lo que diluye la protección del legislador –inserta en el propio concepto de daño- para salvaguardar la libertad de acción<sup>500</sup>, diligente pero lesiva, de quién tuvo, y por ello se le imputó el daño, el dominio de la acción de la que era previsible que derivara el daño, dejando a la víctima perjudicada y al interés lesionado, sin reparación in fine. Eso sería contrario a la tutela pretendida y sólo puede obedecer a razones de protección superior de otros intereses que los inicialmente tutelados, entre los que cabría recoger el de incentivar actividades con beneficios sociales<sup>501</sup>, pero de riesgos lesivos para terceros, que se fomentan o protegen, bajo la cobertura de un actuar conforme a una diligencia exigible (el deber objetivo de cuidado). Obviamente, a costa de aquellos que se ven sometidos a los riesgos lesivos y que quedan desprotegidos y por tanto, sacrificados, en pos de

---

sometido a similar condición –exigencia irremplazable del principio de culpabilidad-, y así frente a las sanciones sería aceptable en otra sede la ausencia de la culpa para el restablecimiento de la legalidad dado que lo que está en juego es el cumplimiento de las normas, puesto que “las medidas no sancionadoras pueden tener carácter real, mientras que las sanciones deben estar ligadas a una responsabilidad personal”.

<sup>499</sup> MEDINA CRESPO, M., “Responsabilidad extracontractual: La articulación refundida de sus disciplinas divergentes...cit., p. 14 ve otro reducto de represión en la responsabilidad civil en el criterio que propugna limitarla cuantitativamente cuando la imputación no deriva de culpa o negligencia, favoreciendo que la responsabilidad objetiva sea limitada, “como si fuera ajena a las exigencias naturales del principio institucional de la integridad reparatoria”, así STC 181/00, de 29 de junio.

<sup>500</sup> PENA LÓPEZ, J.M., “La Responsabilidad Civil Extracontractual. El Sistema Español de Derecho de Daños...cit., p. 29 afirma que el *laissez faire* se expresa, además de a través de la libertad de dominio y de la libertad contractual en el principio de la culpa, que permite, al ser el criterio de imputación del daño, entorpecer lo menos posible el ejercicio de la libertad, respondiendo con ello al individualismo que subyace en los códigos civiles decimonónicos.

<sup>501</sup> PENA LÓPEZ, J.M., “La Responsabilidad Civil Extracontractual. El Sistema Español de Derecho de Daños...cit., p. afirma que la responsabilidad no es siempre objetiva, tal y como sí lo fue en la Roma preclásica o en los orígenes del Derecho anglosajón, precisamente para evitar la paralización de las actividades potencialmente dañosas. No obstante la necesaria libertad económica no debería implicar un sacrificio de la defensa de los bienes jurídicos protegidos. A juicio del autor, el equilibrio entre la libertad y la responsabilidad estaría la culpa es decir, valorar si el daño derivado del ejercicio de la libertad “pudo haber sido evitado utilizándola de una forma normal...conducta social del hombre medio”, por lo que si aún actuando conforme al hombre medio no se hubiera podido evitar, no habría responsabilidad.

beneficios colectivos más dignos de amparo, dejando los daños a cargo de quien los sufre.

La negligencia no imputa<sup>502</sup> en la Responsabilidad civil, ya que sólo sirve, allí donde es exigida<sup>503</sup>, para permitir una exoneración del causante de la obligación indemnizatoria. Con ello, el ordenamiento continua ofreciendo la declaración de antijuridicidad de la conducta lesiva y con ello la autotutela legítima por la víctima, pero elimina la protección preventiva y ex post, porque no hay derecho de crédito indemnizatorio, si se cumple el deber objetivo de cuidado. En este sentido, y aunque no exista la obligación indemnizatoria, la Responsabilidad Civil no es neutra, en el sentido de que no afecte a las relaciones sociales, ya que al no ofrecer la tutela directa, legítima que la víctima pueda protegerse del daño porque éste sigue siendo contrario a Derecho. Afirmar que la negligencia imputa significa, como ocurre con el Derecho Penal, que el daño causado sin culpa no puede ser imputado al causante y por ello, daño y acción son conformes a Derecho<sup>504</sup>, lo que no puede aceptarse al considerar que el régimen general de la Responsabilidad Civil es una norma básica de protección, esencial y supletoria, para todo el Sistema Jurídico.

### **C. La imputación en los supuestos de omisión. En especial, los deberes de evitar un resultado.**

Particular atención requiere la estructura de imputación en la omisión, por la ausencia de acción causal del efecto lesivo y por la existencia de deberes previos de actuación del omitente, que implican la existencia de una conducta debida, para la que aquel debe estar capacitado y serle viable cumplir. Por ello, nos detenemos en su análisis, anticipando que si bien en el la Responsabilidad Extracontractual su estudio es

---

<sup>502</sup> En sentido contrario PEÑA LÓPEZ, F., “El Criterio de Imputación (I. Generalidades)...cit., p. 101 afirma que los denominados criterios de imputación tienen por finalidad “determinar, de modo definitivo, el sujeto que debe soportar el daño”. Así estos criterios serían los motivos del Derecho para atribuir la responsabilidad.

<sup>503</sup> PEÑA LÓPEZ, J.M., “La Responsabilidad Civil Extracontractual. El Sistema Español de Derecho de Daños...cit., p. 37 afirma que en nuestro Derecho positivo ha de acogerse la doctrina policéntrica afirmada por BUSNELLI, siendo el principio de la culpa, además de aplicable en su ámbito subjetivo de aplicación, considerado como un principio universal en virtud el art. 1902 Cc.; en el mismo sentido PEÑA LÓPEZ, F., “El Criterio de Imputación (I. Generalidades)...cit., p. 104.

<sup>504</sup> PEÑA LÓPEZ, J.M., “Función, naturaleza y sistema de la responsabilidad aquiliana en el ordenamiento jurídico español...cit., p. 195 afirma que “La concurrencia de culpa, entonces, opera como una *conditio iuris* para que la ilicitud sea relevante en orden al nacimiento de la obligación y correlativa acción tendente a reparar el daño causado”.

prácticamente inexistente, no se duda en afirmar la imputación del daño en los casos de la existencia de un deber especial de actuar<sup>505</sup>. Para determinar la estructura de imputación de la omisión, por tanto, la teoría penal se convierte en el referente esencial<sup>506</sup>, sin que, anticipando nuestra conclusión, existan razones que permitan en este caso (a diferencia de lo ya referido para las acciones causales) construcciones alternativas para imputar un resultado a la omisión. La existencia de un régimen homogéneo para ambos sistemas jurídicos, en estos supuestos, responde a la imprescindible existencia del deber especial de actuación encomendado a evitar el resultado contemplado en el Derecho Penal, como resultado típico, y en la Responsabilidad Civil, dirigido a la protección del interés para cuya tutela se dirige el deber especial exigido al omitente, que como tal deber, debe permitir al destinatario ser cumplido por tener capacidad y posibilidad de hacerlo. El legislador no puede exigir el cumplimiento de obligaciones que el sujeto al que se dirige el mandato no puede verificar. Por ello, exponemos los aspectos más relevantes sobre la construcción de la imputación por omisión en la dogmática penal y, finalmente, analizar la aplicación que pudiera ofrecer tal construcción para el Derecho Civil.

*1. Los elementos del deber de actuar. El riesgo permitido como particularidad en la Responsabilidad Civil.*

Del mismo modo que en el Derecho Penal se dan, en relación con los delitos de acción, los delitos de mera actividad y de resultado, en los de omisión se producen los delitos de omisión pura o propia y los delitos de comisión por omisión u omisión impropia<sup>507</sup>. En los primeros el ilícito se completa con la mera omisión de la conducta exigida, sin que sea necesario no evitar resultado alguno, ni tan siquiera un resultado de riesgo, sino sencillamente incumplir un deber jurídico atribuido al omitente. Sin embargo en los delitos de comisión por omisión, la caracterización deviene de la

---

<sup>505</sup> YZQUIERDO TOLSADA, *Responsabilidad Civil Extracontractual...*cit., p. 137 y ss. ; Díez-PICAZO, L., *Derecho de daños...*cit., p. 287 y ss.

<sup>506</sup><sup>506</sup> KAUFMANN, A., *Dogmática de los delitos de omisión*, Madrid 2006, traducc. de la 2ª ed. por Cuello Contreras y Serrano González Murillo; SCHÜNEMANN, B., *Fundamentos y límites de los Delitos de Omisión Impropia*, Madrid 2009, traducc. por Cuello Contreras y Serrano González Murillo; GIMBERNAT, E., “Causalidad, omisión e imprudencia”, en *Ensayos Penales*, Madrid 1999, p.s 189 y ss.; GIMBERNAT, E., “La omisión impropia en la dogmática penal alemana. Una exposición”, en *Ensayos Penales*, Madrid 1999, p.s 257 y ss.; GIMBERNAT, E., *Estudios sobre el Delito de Omisión*, Buenos Aires 2013, 2ª ed.; SILVA SÁNCHEZ, J.M., *El Delito de Omisión. Concepto y Sistema*, Buenos Aires 2003, 2ª ed..

<sup>507</sup> MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona 1996, 4ª ed., p. 299 y ss.

atribución al omitente de un resultado lesivo cuyo deber jurídico infringido pretendía evitar, lo que se basa en la denominada posición de garante que ocupa el omitente y que se caracteriza por un rol especial de protección en garantía de determinados bienes o intereses jurídicos<sup>508</sup>.

La omisión es una conducta humana distinta de la acción. Así se afirma que lo que se persigue con su tipificación es atajar peligros de lesión que se han desencadenado por las más diversas fuentes<sup>509</sup>, puesto que en realidad se trata de impedir el destino obstaculizando los ataques activos a los bienes jurídicos protegidos. Axiológicamente difieren ambas al carecer la primera de elementos estructurales fundamentales que exigen acentuar el aspecto valorativo para su configuración y la determinación de los fines a las que disponen su concepto. La omisión consiste en la no realización de una acción que era exigible por deber específico de actuar. Pero no puede olvidarse que si bien todos sólo podemos realizar una acción son muchas las omisiones en las que se puede incurrir, por ello el número de mandatos es siempre inferior al número de prohibiciones, al menos en Derecho Penal<sup>510</sup>. Por ello, la omisión no es sólo la no realización de una acción sino el incumplimiento de realizar una conducta que podría ser realizada en la situación en la que ese sujeto se encuentra<sup>511</sup>. De ahí, que el elemento fundamental es la capacidad concreta de acción del sujeto, o su finalidad potencial<sup>512</sup>. Las normas jurídicas primarias podrán consistir en prohibiciones o en mandatos, en virtud de si se espera que se abstengan de realizar algo o que realicen algo, siendo en todo caso ese algo en una acción final como ya indicamos pero en la omisión la vinculación proviene de un mandato como expresión ideal de la obligación de un determinado actuar<sup>513</sup>.

Para la delimitación entre la acción y la omisión se puede acudir a factores causales relativos a una finalidad en la conducta, ya que en la omisión no hay causalidad.. También se habla de movimiento corporal, el acontecer, o la preferencia de acción en

---

<sup>508</sup> POLAINO NAVARRETE, M., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General...cit.*, p. 67 y ss.

<sup>509</sup> CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho Penal Español. Parte General. Volumen II. Teoría del delito* (2), Madrid 2009, p. 444

<sup>510</sup> CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho Penal Español. Parte General...cit.*, p. 444

<sup>511</sup> KAUFMANN, A., *Dogmática de los delitos de omisión...cit.*, p. 43 y ss.

<sup>512</sup> KAUFMANN, A., *Dogmática de los delitos de omisión...cit.*, p. 55 y ss.

<sup>513</sup> KAUFMANN, A., *Dogmática de los delitos de omisión...cit.*, p. 29.

caso de duda. Pero lo que no admite duda es que no es posible una definición ontológica de la omisión, porque sólo puede ser la ausencia de acción<sup>514</sup>.

En cuanto a la naturaleza de la omisión, la tesis ontológica determinaría que habría omisión cuando el sujeto no realiza una acción que puede realizar, lo que sería acreditable objetivamente. Sin embargo, no puede hacerse una valoración basada en la expectativa existente sino si tuvo o no capacidad de realizar un comportamiento determinado. La omisión es omisión de una acción final que quiere el Derecho a través de una norma de mandato que crea el deber de actuar finalmente (*Handlungspflicht*) que hace que si el sujeto posee en ese momento la capacidad de actuar (*Handlungsfähigkeit*) la norma abstracta se convierta en concreto deber, llevándose a cabo, con su vulneración, la omisión de la acción exigida, el tipo del delito correspondiente<sup>515</sup>.

Las diferencias entre la propia y la impropia estarían en que el resultado se le imputa a quien no lo produjo con un comportamiento activo pero pudo haberlo evitado si lo hubiera realizado<sup>516</sup>. Porque en la omisión propia el obligado no tiene relación especial con el bien jurídico protegido, mientras que en la impropia se garantiza la integridad del mismo ante la puesta en peligro o su lesión<sup>517</sup>.

La estructura de imputación de la omisión se constituye por unos elementos en los que existe cierta coincidencia doctrinal<sup>518</sup>, incluyendo la existencia de la posición de garante, sin perjuicio de que en la delimitación precisamente de lo supuestos en los que se produce ese rol devengan los mayores problema interpretativos y de posicionamiento entre la doctrina<sup>519</sup>. En primer lugar, es presupuesto, la situación de la que nace la obligación de actuar, que exige una determinada acción del obligado, cuya omisión constituye el delito, que es la situación típica. Comprende todos los elementos típicos que dan lugar a una situación peligrosa para la producción del resultado típico En D. Penal esto se hace acudiendo al tipo de acción correspondiente. El fundamento de la

---

<sup>514</sup> CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho Penal Español. Parte General...*cit., p. 444

<sup>515</sup> CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho Penal Español. Parte General...*cit., p. 477 y ss.

<sup>516</sup> CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho Penal Español. Parte General...*cit., p. 488

<sup>517</sup> GIMBERNAT, E., “La causalidad en la omisión impropia y la llamada «omisión por comisión», en *ADPCP* vol. LIII 2000, p. 29 y ss.

<sup>518</sup> CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho Penal Español. Parte General...*cit., p. 487

<sup>519</sup> En este sentido pueden verse las posiciones de JAKOBS, G., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación...*cti., p. 965 y ss.; SCHÜNEMANN, B., *Fundamentos y límites de los Delitos de Omisión Impropia...*cit., p. 261 y ss.; KAUFMANN, A., *Dogmática de los delitos de omisión...*cit., p. 287 y ss.

imputación en la omisión estaría en no evitar el mismo peligro que la modalidad de comisión pretende evitar. Se trata de determinar que peligros deben ser sorteados y eliminados

Para que sea exigible esa acción, el deber de actuar es presupuesto la capacidad de acción. En el delito comisivo esa capacidad es elemento de la culpabilidad, mientras que en la omisión constituye elemento del tipo supliendo a la acción, no existente en la omisión. Frente a ello la exigibilidad es elemento de la culpabilidad, que presupone la infracción del deber de garante, sin perjuicio de que quepa entender que ha concurrido una causa de justificación que legitime la omisión de la conducta exigida que derivará fundamentalmente de la existencia de un conflicto de deberes<sup>520</sup> que haga aflorar en el omitente no ya la incapacidad de acción sino la no acción por serle excesivo sacrificio el que ha realizar respecto del resultado que ha de evitar. También se requiere la capacidad objetiva concreta para llevar a cabo la acción que interrumpa el curso causal que daría lugar a la realización del resultado típico evitándolo. Si no existe esta capacidad de acción no puede haber infracción alguna del deber de garante que se exige<sup>521</sup>, porque este deber es un concepto axiológico, normativo, basado en los valores que determina el ordenamiento y no en las propiedades fundamentales de la conducta omitida. Sólo quien tiene deber jurídico de actuar debe hacerlo y ese deber sólo puede ser exigido a quién tiene capacidad para, en virtud de los parámetros de atribución de responsabilidad otorgados por el ordenamiento, cumplir con el mandato exigido. Se determina por capacidades medias en la situación del autor. Es obvio que no puede haber una medida objetiva al margen del sujeto, al cuál se dirige el mandato de actuación. El deber de actuar activamente, interviniendo sobre un acontecer requiere un examen detallado de las capacidad de ese sujeto, no sólo personal sino también circunstancial, porque en todo caso, ese sujeto, y no otro, debe estar en condiciones de actuar siguiendo el mandato normativo. Implica tanto la posibilidad de conocer la situación típica y de los medios para realizar la acción exigida, como la posibilidad de llevar a cabo un acto de voluntad para poder llevarla a cabo. Téngase en cuenta que el inimputable también omite. Con la capacidad de acción lo que se pide es que el sujeto conocía la situación en que era obligatorio actuar y gozaba de la capacidad de llevar a cabo la acción requerida. Por ello lo que se pide es voluntariedad, capacidad física de emprender la acción exigida.

---

<sup>520</sup> JAKOBS, G., Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación...cti., p. 1019 y

ss

<sup>521</sup> CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho Penal Español. Parte General...*cit., p. 445

Además, es necesario que se presente la no realización de la acción que evitaría el resultado típico, porque ello es lo que tiene trascendencia, es decir que esa acción exigida impediría el resultado. Por ello, si la acción se realiza y el resultado aún así no se impide la conducta es atípica, ya que la conducta se habría mostrado inidónea finalmente para esa evitación. En relación con el riesgo y la posibilidad hipotética de evitarlo a través del cumplimiento del deber exigido se ha defendido<sup>522</sup> que también es aplicable en este sentido el presupuesto, para la imputación de la existencia de un riesgo no permitido, por lo que la pregunta no estaría en si se habría evitado el resultado con seguridad, sino si la omisión ha hecho posible que el foco de peligro superara efectivamente el riesgo permitido y si ese foco de peligro (prohibido) ha causado el resultado. En la Responsabilidad Civil, parece que esta opción es rechazable porque la causación no va siempre acompañada de riesgos prohibidos, al margen de que aunque estemos ante una imputación, no naturalística sino normativa del resultado a un sujeto que no lo ha causado, no buscamos el reproche a una conducta contra legem sino la atribución de ese resultado para que termine soportándolo, precisamente por no haberlo evitado, pudiendo y en su caso, debiendo hacerlo. Para el autor no hay posición de garante cuando no existe un foco de peligro previo que haya de ser controlado, sin embargo, a nuestro juicio en el Derecho de Daños, ello no es relevante porque también se responde aún sin ese foco de peligro cuando lo que hay es previamente una situación de desprotección de la víctima, aun cuando el foco de peligro no haya aparecido, si el que surja es previsible (por ejemplo, los supuestos de custodia de patrimonios) precisamente porque la posición de garante, necesaria para la protección de los intereses jurídicamente protegidos, actúa para evitar el daño porque no cabe la autoprotección de la víctima.

También, doctrinalmente, se ha defendido<sup>523</sup> que la omisión sería imputable si se crea anteriormente un peligro que se atribuye a quién luego omite y que ese peligro determine una dependencia personal del bien jurídico respecto del causante del daño. Este presupuesto no puede ser un requisito respecto de la Responsabilidad Civil. El propósito del legislador es asegurar la protección del interés al que dispensa protección, legitimando únicamente una acción para reintegrar su valor frente al omitente, cuando éste podía y debía haberlo protegido. Reducir el ámbito de la imputación en la omisión

---

<sup>522</sup> GIMBERNAT, E., “Causalidad, omisión e imprudencia”, en *Ensayos Penales*, Madrid 1999, p. 229 y ss.

<sup>523</sup> MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona 2008, 8ª ed., p. 319 y ss.

a estos supuestos, obviando que el daño se puede producir sin la creación del riesgo a quien debe evitarlo, supondría dejar de lado todos los supuestos de custodia, legal o contractual, de intereses y dejar desamparadas a las víctimas que no pueden dispensarse autoprotección. En estos supuestos, el garante responde aunque no cree el riesgo. Si a lo que nos referimos es a supuestos en los que el sujeto no tiene posición de garante, inicialmente, pero genera una fuente de riesgos, la solución está en que todos aquellos daños que sean una realización de aquéllos riesgos y fueran previsibles se le deben imputar por controlar dicha fuente.

Como elemento esencial y criterio de atribución del resultado lesivo ajeno está el deber de actuar o también llamado deber de garante. Por ello, la infracción del deber de garante se produce cuando no se emprende la acción, partiendo de una situación de peligro de lesión. Ello permite distinguir entre la realización del tipo de omisión de la posible concurrencia de una causa de justificación. El deber de garante sería un elemento del tipo de omisión, habiéndose debido representar el omitente la situación en que se fundamenta, pero no el propio deber. Téngase en cuenta que lo que caracteriza la omisión es poder evitar la lesión inminente de un bien jurídico, cuando el titular ya no puede hacerlo y el omitente sí sin que incurra en un conflicto de deberes<sup>524</sup>

Los elementos que estructuran la capacidad concreta de acción serían, la posibilidad de conocimiento de la situación, sin que sea exigible un conocimiento efectivo, porque en Derecho Penal dejaría fuera de punición a las omisiones imprudentes; la posibilidad de conocimiento de los medios para realizar la acción, que del mismo no exige el dolo de dicho conocimiento, sino que bastaría con la capacidad de poder acceder a ese conocimiento; la posibilidad material de utilizar los medios adecuados para llevar a cabo la acción, porque como se ha dicho, lo que no está en manos del hombre evitar no puede ser objeto de un mandato<sup>525</sup>; la posibilidad de un acto de voluntad de realizar la acción. Ello exige una concreta capacidad de efectuar la conducta exigida, que evitaría incurrir en la omisión reprochable, cumpliendo con el mandato normativo, que es justamente lo que se imputa en la omisión, esto es la acción final no emprendida que hubiera evitado el resultado, si quién pudo hacerlo tenía capacidad para llevarla a cabo<sup>526</sup>.

---

<sup>524</sup> CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho Penal Español. Parte General...*cit., p. 496

<sup>525</sup> CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho Penal Español. Parte General...*cit., p. 445

<sup>526</sup> CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho Penal Español. Parte General...*cit., p. 449



Sin embargo, no se exigen como elementos para la omisión, aunque sí existen en la acción típica penal, la relación de causalidad entre la conducta omisiva y el resultado producido ya que la conducta no tiene virtualidad de causar el resultado, al carecer de efecto naturalístico sobre la alteración del estado físico del bien o interés de relevancia jurídica. A ello se añade, que precisamente el reproche está en que la omisión no ha evitado un resultado cuya intervención interruptiva era exigida, y que ha sido omitida. Pudo impedir el resultado y su omisión, la de la conducta exigida, tuvo virtualidad de haber evitado el resultado aunque, fenomenológicamente, no lo ha causado; la voluntad de realizar la omisión, es decir de no realizar la acción exigida, puesto que estamos ante responsabilidad valorada en su virtualidad de interrumpir el curso causal, y ello, en sede de imputación, acontece, exista o no dolo, con la capacidad de poder haber conocido la situación que exigía la acción y la capacidad de llevarla a cabo<sup>527</sup>.

## *2. Las fuentes de los deberes de garante. En particular, los garantes de intereses.*

La posición de garante<sup>528</sup> se puede asignar al asumir este cometido, o en virtud de la autoorganización de la actividad que pudiera generar situaciones peligrosas, o en una estrecha vinculación entre el omitente y el bien jurídico protegido. En todos los casos se le convierte en un protector, en un custodio de ese bien tutelado por el ordenamiento, y a estos fines se hace surgir un determinado deber jurídico de evitar el daño (así lo exige el art. 11 CP y el §13 Código Penal Alemán, cuando habla de un “especial deber jurídico”). Es una restricción de la responsabilidad en los delitos de comisión por omisión respecto de los correspondientes activos. No cabe duda de que esta restricción, basada en una especial posición del garante, también acontece en el Derecho civil, ya que si bien por acción, todos pueden inicialmente causar daños a terceros, sólo unos pocos pueden ser imputados de daños por omisión, ya que necesariamente ha de pesar sobre ellos ese especial deber jurídico de custodia del interés jurídicamente protegido, sobre el que debería haber actuado evitando el efecto lesivo<sup>529</sup>. Debe existir la relación funcional entre el sujeto y el bien jurídico protegido, que justifica la imputación de la

---

<sup>527</sup> JAKOBS, G., Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación...cti., p.. 1018 y ss

JAKOBS, G., Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación...cti., p.. 968 y ss., afirma que la determinación del garante es una de las tareas más difíciles de la Parte General.

<sup>529</sup> DíEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños..cti.*, p. 287 y ss

lesión. Esta relación estaría basada en un deber previo de vigilar determinadas fuentes de peligro que se encuentran bajo su dominio o en un deber previo de protección hacia la víctima frente a peligros de lesión que amenazan los bienes jurídicos protegidos, acentuando en este supuesto la relación del garante con el bien.

En el Derecho Penal, se realiza (así, el art. 11 CP) una creación típica de fuentes de la posición de garante: obligación legal de actuar (son leyes no penales); obligación contractual de actuar y creación de situación de riesgo mediante el actuar precedente o mediante injerencia, que requiere que la ocasión de riesgo proceda de una acción u omisión antijurídica, y que dejaría fuera los supuestos de creación fortuita de la ocasión de riesgo, en virtud de la exigible imputación subjetiva. Toda la doctrina critica el criterio formal de determinación de las fuentes de la posición de garante, siendo en ocasiones demasiado amplio, y en otras demasiado estricto, ya que, v.gr., hay garante aún sin obligación jurídica, si hay asunción fáctica de la protección de los bienes jurídicos. La posición dogmática más aceptada, que determina los criterios materiales de la posición de garante, está basada en la Teoría de las Funciones de KAUFMANN<sup>530</sup>, que exige una relación funcional materialmente existente entre el sujeto y el bien jurídico. Así, la posición de garante aparece si se asume fácticamente en cada caso concreto o la función de protección del bien jurídico o la función de control de una fuente de peligro. Lo importante no es la creación de un peligro cuya realización posterior justificaría la imputación, sino la omisión de conducta capaz y viable de evitar la lesión en que se realiza un peligro preexistente, al margen de quién haya creado el peligro y de quién lo controle, si existe una posición de protección de los intereses jurídicamente relevantes sobre los que se desenvuelve la obligación de custodia. La obligación de control del riesgo tampoco exige una previa generación por parte del omitente sino su capacidad de control del mismo y la obligación de hacerlo unida a la posición de garante otorgada por el ordenamiento, el cuál le hace soportar la carga de protección aunque el peligro lo genere un tercero, e incluso la propia víctima, porque en ese caso, su función no es evitar la lesión como realización de un proceso iniciado por él sino evitar que una determinada fuente de peligro, al margen de su fuente, cause la lesión.

---

<sup>530</sup> KAUFMANN, A., *Dogmática de los delitos de omisión...cit.*, p. 289

La posición de garante consistiría en impedir la lesión de determinados bienes jurídicos, protegiendo a estos, lo que se puede orientar en dos direcciones, como indica Kaufmann<sup>531</sup>; estar vigilante para proteger un determinado bien jurídico contra todo tipo de ataques (la atribución de la posición de garante se indica en una norma o se asume por el garante, fáctica o contractualmente); supervisar determinada fuente de peligros, con independencia de a qué bienes jurídicos amenazan esos peligros, ya que la función del garante es controlar esa fuente de riesgos lesivos (supuestos de injerencia, peligros en el ámbito social de una persona; posiciones de garante derivadas de confianza especiales)<sup>532</sup>. No obstante, también se ha defendido que el fundamento común a las dos funciones está en la previa creación o aumento de un peligro que se atribuye al que omite que determina una dependencia del bien jurídico protegido respecto del causante del daño<sup>533</sup>. En la primera función se incluyen estrechas vinculaciones familiares; asunción voluntaria de la protección de bienes jurídicos de otros, creando situación de dependencia; comunidades de peligro con asunción de mutuo socorro. En la segunda función: injerencia y conducta precedente creadora de peligro; control de fuentes de peligro que opera en su ámbito de dominio; función de vigilancia de conducta de otras personas peligrosas.

Se afirma<sup>534</sup>, en el ámbito penal, que sólo cuando existe un deber de garante concretando una determinada acción, en los mismos términos en que se concreta en el delito comisivo habría imputación en comisión por omisión. Respecto de la Responsabilidad Civil, el problema es que la acción nunca está concretada, y además, cuando la acción por sí sola es lícita, no hay conducta constitutiva de infracción. Entonces, la relevancia de la acción pierde peso en la responsabilidad indemnizatoria y ha de encontrarse otro elemento en el que justificar la posición de garante, porque la equivalencia no es una vía idónea. Si sólo hay deberes cuando ante peligros concretos se ha de evitar la realización del mismo en el resultado –no hay mandatos cuando uno sólo gestiona un peligro, sino una prohibición de lesionar-, sólo si el peligro ha sido creado

---

<sup>531</sup> KAUFMANN, A., *Dogmática de los delitos de omisión...cit.*, p. 290.

<sup>532</sup> Para JAKOBS, G., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación...cit.*, p. 98 y 970 y ss., afirma que hay dos tipos de delitos de omisión (infracción de deberes de configuración de un ámbito de organización –deberes de relación y de injerencia que incluirían las acciones peligrosas propias, las cosas o situaciones peligrosas, el poder sobre otra persona y la repercusión del comportamiento de otro en el ámbito organizativo propio-, e infracción de deberes en virtud de responsabilidad institucional –relaciones paternales-filiales, el matrimonio, la confianza especial, relaciones estatales de poder, etc.).

<sup>533</sup> MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte General...cit.*, p. 318 y ss.

<sup>534</sup> CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho Penal Español. Parte General...cit.*, p. 455

por el sujeto o sólo si se generan situaciones de desprotección generadas por esos peligros, habría deber de garante. Es decir, si la base de las posiciones de garante no está en la equivalencia con la acción, sino en la generación del peligro, a veces, por origen fortuito, sólo cabría posición de garante si el origen del peligro, aún siendo la acción completamente lícita, es resultado de nuestro acontecer, o a raíz del mismo se ha generado una situación de desamparo que nosotros podíamos y por ello debíamos haber evitado. El origen no está en elementos sustanciales a la omisión y menos en supuestas equivalencias con acciones lesivas, que no vienen tipificadas en la Responsabilidad Civil, sino en elementos normativos que nos exigen una imputación, en virtud de la posición de garante que se le atribuye a un sujeto, precisamente porque su función es la de evitar los daños como resultados de un determinado acontecer sobre el que puede, y debe, el garante intervenir y prevenir el efecto lesivo, porque su tarea principal, como se indica en el Derecho Penal<sup>535</sup>, es precisamente esa.

Con la existencia de las dos funciones de garante que estarían en el control de una fuente de peligro, que exigiría evitar el riesgo, y en la protección de víctimas indefensas frente a peligros, que exige proteger frente a riesgos ya desencadenados, la Responsabilidad Civil, aún penitente de la atipicidad, pero liberada para cumplir la función de tutela de los intereses jurídicos, puede apurar la interpretación del ordenamiento para facilitar la protección que se le ha encomendado a la institución. Así en el primer supuesto de las funciones atribuidas a las posiciones de garante, se evita la exposición frente a los riesgos existentes, y ello facilita actuar frente a víctimas que, aún pudiendo obtener una protección por otros medios, han de ser protegidas por el garante. En el segundo caso, la afrenta será realizada porque la víctima no tiene posibilidades de autoprotección y aquí el garante se encuentra en posición de evitar el daño de un riesgo que ha se ha desencadenado y que la víctima no puede controlar. El garante lo es por ser titular de la gestión de una fuente de peligros o por ser titular de una obligación de tutela (atribuida expresa o tácitamente, legal o negocialmente) de unos determinados intereses.

No obstante, también se han basado las posiciones de garante acudiendo al criterio del dominio del hecho<sup>536</sup>, que había elaborado ROXIN, que nos permite una

---

<sup>535</sup> CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho Penal Español. Parte General...*cit., p. 455. Afirma que el criterio de “principal” es un buen criterio heurístico.

<sup>536</sup> SCHÜNEMANN, B., *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte: zugleich ein Beitrag zur*

reducción teleológica de la imputación en la omisión a los supuestos en los que el sujeto ejercita un control de la fuente de peligro, o la víctima se encuentra completamente indefensa frente a los efectos lesivos. Como se ha dicho<sup>537</sup>, es el dominio sobre la causalidad que desencadena el autor en la comisión y que no ataja, pero que pudo haber atajado, el concepto común a la acción y la omisión, permitiendo equiparar ambas modalidades. Esta posición doctrinal no termina de ser viable en la Responsabilidad Civil, porque lo relevante es el deber de actuar aunque la fuente de peligro sea manejada por un tercero que ostenta el control o la víctima pueda autotutelarse y no se encuentre completamente indefensa. En el primer supuesto, si acudimos a la teoría de las funciones, el hecho de que un tercero controle la fuente de riesgos no nos exonera de proteger sus bienes jurídicos si esa es la función atribuida al garante. Y en el segundo supuesto, las posibilidades de autoprotección de la víctima sólo jugarían si otorga un consentimiento válido y aceptado, en Derecho, que exima al garante de cumplir con el deber exigido. Y esto nos parece que tanto es aplicable en el Derecho Penal como en la Responsabilidad Civil. El garante debe proteger los intereses encomendados, salvo disponibilidad del tutelado de la propia posición de garante. Para ello, parece imprescindible que el bien o interés jurídico a tutelar sea en exclusiva de la víctima y el legislador le permita la disponibilidad. Pero aún asumiendo estos supuestos, no sería la autotutela de la víctima la que conllevaría la inexistencia de la posición de garante, sino la disponibilidad de esta posición por parte del titular del interés a tutelar. En definitiva, el deber decaería.

También deben ser aceptadas, como conductas para imputar resultados, las omisiones imprudentes, pero con una modificación parcial de los requisitos exigidos. Así<sup>538</sup>, a la exigencia de la situación típica, la capacidad objetiva para realizar la acción, la no realización de la acción idónea para evitar el resultado; la posición de garante; la situación de equivalencia con las acciones; la imputación objetiva (como probabilidad rayana en la certidumbre de evitar el resultado y este ha de ser de aquellos que trataba de evitar la norma de cuidado infringida); es exigible el carácter objetivamente descuidado de la omisión (la omisión se desarrolla en una situación de peligro frente a la causación del resultado, de lo que se hubiera abstenido una persona normal) que

---

*strafrechtlichen Methodenlehre, Göttingen 1971, p. 275 y ss.*

<sup>537</sup> CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho Penal Español. Parte General...* cit., p. 457

<sup>538</sup> GIMBERNAT, E., "Causalidad, omisión e imprudencia", en *Ensayos Penales*, Madrid 1999, p.s 228 y ss

implica la previsión de la realización de los elementos objetivos del tipo (los ha previsto pero confía en que no se realizarán o no lo ha previsto pero ha podido preverlos). La omisión imprudente implica la existencia del deber jurídico de actuar, pero se produce un comportamiento pasivo, bien porque infringe el deber de cuidado que le obliga a actuar ante la situación típica; bien porque el garante no reconoce su posición como tal; bien el garante se considera incapaz de actuar, ignorando que el deber objetivo exigido puede ser realizado en diversas conductas alternativas; o bien el garante realiza de manera incorrecta la actuación exigida, de lo que dimana el daño<sup>539</sup>. En este sentido, y en relación con la Responsabilidad Civil, la imputación objetiva sí se integra en la imputación puesto que el desvalor del resultado vienen condicionado por el desvalor derivado del incumplimiento del deber exigido, de lo que resulta su imputación, sin causalidad fáctica, aunque sí hipotética. No obstante, y como ya hemos referido, para la imputación del resultado, no evitado, al garante, el riesgo frente al que protege los intereses jurídicamente tutelados no ha de ser ilícito. La protección dispensada por la Responsabilidad Civil es básica y no delimita y segmenta la obligación del garante en función de los riesgos a los que se someten aquellos. Lo relevante no es la naturaleza del riesgo sino la del daño en que aquél se realiza. Si el daño no es antijurídico, el garante no responde, pero si el daño sí lo es, debe enjuiciarse la conducta omisiva. En este sentido, e incluso, para el Derecho Penal, se pronuncia parte de la mejor doctrina<sup>540</sup>.

La omisión en la responsabilidad civil sólo puede ser fuente de responsabilidad indemnizatoria si el sujeto al que se imputa dicha omisión tenía un deber de tutela de los intereses menoscabados, en función de la teoría de la funciones de Kaufmann, sin perjuicio de las referencias que se haga a la clasificación de los deberes de garante de JAKOBS, entre deberes en virtud de responsabilidad por organización y deberes en virtud de responsabilidad institucional<sup>541</sup>. El sujeto o bien debía custodiar los intereses que han sido menoscabados frente a cualquier fuente de riesgos o bien debía tutelar las

---

<sup>539</sup> ROXIN, C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I: Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, München 2003, 1. Auflage,

<sup>540</sup> JAKOBS, G. "La omisión. Estado de la cuestión", en *Sobre el estado de la Teoría del Delito, Barcelona 2000*, p. 129 y ss. "En mi opinión, el ámbito de la injerencia se reduce en demasía si nos centramos solamente en comportamientos anteriores que sean *antijurídicos*. El sinalagma libertad de comportamiento/responsabilidad por las consecuencias existe también respecto de las formas de comportamiento que supongan un incremento de los riesgos normales de toda manifestación vital, lo que especialmente (aunque no sólo) se puede observar en que el derecho a realizar tales comportamientos conlleva una responsabilidad objetiva.

<sup>541</sup> JAKOBS, G., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación...cit.*, p. 971 y ss.

lesiones que en cualquier intereses pudiera producir una concreta fuente de riesgos. El gran problema está en determinar esa posición de protector del concreto interés frente a la pluralidad de riesgos o del protector de la pluralidad de intereses frente al concreto riesgo. Por ello debemos establecer una división entre los garantes de intereses y los garantes de riesgos y encontrar un fundamento común en el ordenamiento que permita determinar cuando el ordenamiento ha legitimado dicha posición, sin olvidar que el ordenamiento puede otorgar facultades de actuación que no implican la obligación de hacerlo, aunque por el contrario, siempre para estar obligado se ha de estar facultado. El análisis de los supuestos en los que el garante lo es de riesgos no ofrece demasiada complicación puesto que la existencia de un riesgo que puede afectar, en las relaciones sociales, a terceros ya exige, a su titular, la actuación de protección, aunque, como hemos referido, el riesgo sea lícito. Esa situación de garante deviene de la titularidad del riesgo o, en su caso, de la titularidad del poder de gestión de esos riesgos. La ocupación de ese rol implica el deber jurídico de actuar y evitar los resultados lesivos en que la fuente de riesgos puede terminar realizándose.

Por el contrario, si es necesario un análisis de los supuestos de garantes de intereses, acudiendo a la actividad que han de desplegar con el fin de poder obtener, por inducción, una pauta que justifique la atribución jurídica de tal condición, lo que nos permitirá integrar en la figura a otros sujetos no explícitamente dotados por el ordenamiento de tal posición, pero que por la identidad en la razón de su estatus deben quedar sometidos a igual régimen. En estos roles, un individuo (persona física o jurídica) en el marco de una relación de cualquier naturaleza (contractual, institucional, incluso fáctica) asume proteger los intereses de un tercero frente a los ataques lesivos de otro sujeto y lo hace bien por propia voluntad (depositario) o bien en función de la adquisición de una determinada posición que institucionalmente conlleva ese desempeño (los padres frente a sus hijos menores; los administradores frente a la sociedad administrada; etc.) e incluso sin una voluntad expresada o la adquisición de una posición institucional, fácticamente uno asume tutelar los bienes de otro (una excursión peligrosa entre dos excursionistas que se ayudan recíprocamente, el sujeto que queda momentáneamente al cuidado de los hijos de su amigo o, entre otros, la gestión de negocios ajenos del arts. 1888 y ss. CC.). Lo relevante de esta posición de garante es que éste ha de custodiar los intereses a los que ha de prestar cobertura frente a cualquier riesgo que les afecte, con independencia de su fuente, por lo que ha de

guardarlos como si de los suyos propios fuesen, y así ha de establecer unos deberes de prevención y unas responsabilidades por los daños acontecidos similares a las que tendría de sufrir él mismo los daños. La autotutela tiene para él unos efectos equivalente a la tutela que ha de dispensar a esos protegidos. Si el daño acontece le será imputable tanto si no se protegió, sufriendo él el daño, como si no protegió al tutelado que sufrió el daño.

Si observamos la naturaleza de la obligación de tutela de los intereses ajenos en todos los supuestos mencionados comprobamos una serie de características comunes a ellos. En todos ellos, el garante se convierte consciente de su posición (emite una declaración de voluntad en tal sentido, asume la posición institucional que conlleva tutelar esos intereses o acepta el rol fáctico de guardián). Por otro lado, no asume tutelar los intereses diferentes a los que ese rol conlleva, ante los cuales los efectos lesivos le son ajenos (así no importa la destrucción del resto del patrimonio del depositante; no le son relevantes los daños sufridos por otros menores con los que los hijos jueguen o se sometan a idénticos peligros –siempre, obviamente, que los mismos no hayan sido generados por su propio hijo-; o no tiene incidencia alguna el resto de negocios no asumidos en gestión.

Así mismo, el garante de intereses, asume la tutela de los mismos (cosa depositada, hijos, negocios ajenos) frente a cualquier fuente de riesgos, incluida la generada por sí mismo o por el propio tutelado, si este no dispone de capacidad para autorizar la autolesión. Por el contrario no ha de observar conducta alguna, de carácter protector, respecto de otros intereses que puedan verse en juego por las fuentes de riesgo que amenazan los intereses que sí ha de tutelar y no sólo porque haya de poner especial atención al cuidado de estos últimos en detrimento de aquellos justificando una desidia en su conducta, sino porque no debe ninguna conducta tuitiva en relación con los otros intereses afectados, que aún sufriendo daños antijurídicos no le serían imputables al sujeto por su falta de posición de garante respecto de ellos (el depositario no tutela bienes no depositados, ni el padre ha de proteger a los hijos de otros, ni el gestor debe salvaguardar negocios ajenos cuando no existe el *animus aliena negotia gerendi*, que implica hacerse cargo altruistamente de los asuntos de otra persona, entendido como la conciencia de actuar de buena fe en interés del titular del negocio



para hacerle partícipe de su gestión<sup>542</sup>) y todo ello con independencia de la existencia de otros deberes impuestos legalmente de interrumpir determinados cursos causales por sus propios medios (deber de socorro, previsto en los arts. 195 y 196 CP, deber de impedir la comisión de delitos previsto en el art. 450.1 CP) o por medios ajenos (deber de promover la persecución de la comisión de delitos art. 450.2 CP). En todos estos supuestos, la existencia de deberes legales de actuación cuya omisión, configurada como delitos de omisión propia, no persiguen la tutela de concretos intereses de sujetos individuales puestos en peligro, y la mera omisión, aún sin resultado, ya constituye la omisión en antijurídica. La existencia de esas conductas debidas obedece a la protección de bienes jurídicos supraindividuales a los que el ordenamiento tutela mediante la consideración de la conducta típica, en este caso omisiva, como tipo penal merecedor de la consiguiente pena.

Por otro lado, la existencia de la facultad de evitar el daño, que conlleva el poder de hacerlo, no implica, necesariamente, la obligación de actuar. El “Poder” como facultad de un sujeto de intervenir en un *iter* causal y modificar su desarrollo es imprescindiblemente un presupuesto de la responsabilidad civil por omisión, pero no es suficiente. La facultad es presupuesto del deber pero aquella implica la potestad de hacerlo o no y es el ordenamiento el que tiene que venir a inclinar la balanza del lado de la obligación, la que únicamente podrá recaer sobre quién tiene la facultad, el poder, de actuar y evitar el efecto lesivo no deseado. En ese caso, y sólo en ese, se podrá hacer responsable, por no evitar, nunca por causar, el daño sufrido por la víctima cuyos intereses deberían haber sido tutelados por el garante omitente sobre el que recae la responsabilidad. Aquí la imputación jurídica, que prescinde de la causalidad fáctica y del incremento del riesgo con su actuar, justamente porque no actúa –en el sentido de que no desarrolla la acción esperada de su rol de protector de intereses ajenos jurídicamente relevantes-, se hace como consecuencia del deber de tutelar, la capacidad de hacerlo y la existencia del resultado, que en un análisis contrafáctico se habría evitado de haber desarrollado la acción requerida y posible del garante. Por tanto, el sujeto responde, sin causar el daño, frente a la víctima del daño que ha sufrido causado por un tercero, por la propia víctima –cuando ésta no consiente válidamente el daño- o por fuerzas exógenas, siempre que aquél hubiese podido evitar el daño del interés cuya

---

<sup>542</sup> Andrés Santos, F.J., “Comentario al art. 1888” en VVAA., *Comentarios al Código Civil*, Domínguez Luelmo, A. (Dir.), Valladolid 2010, p. 2029

tutela tenía encomendada., porque lo relevante no es quién o qué ha causado el daño, sino sólo que el garante –que en virtud de esta posición debía proteger los intereses lesionados- podía haberlo evitado.

El problema delimitado en la atribución a un sujeto de la posición de protector de intereses determinados, que sólo puede venir por asunción negocial, legal o fáctica del garante de dicho rol, ha de interpretarse restrictivamente a la hora de la extensión de dicha figura. El punto de partida es justamente el contrario, el de que nadie es guardián de los intereses ajenos, salvo que ese estado pueda derivarse claramente, bien de una asunción expresa, de un mandato normativo o de hechos concluyentes, lo que implica no crear más figura de garante de intereses que los específicamente asignados por el propio sujeto (mediante declaración de voluntad o asunción fáctica –está, lógicamente, valorable individualmente en función de los hechos realizados por el correspondiente sujeto) o por el ordenamiento.

Sin embargo, partiendo de la aplicación restrictiva del rol referido como excepción a la regla general de la inexistencia de un deber de salvamento frente a terceros, la aplicación analógica no ofrece obstáculos para su desarrollo como en el caso de cualquier otra institución jurídica de carácter no sancionador, excepcional o temporal (art. 4.2 CC). Así, en los supuestos previstos legalmente de aplicación de la posición de garante (padre frente a sus hijos, administradores frente a sus sociedades, empresario frente a sus trabajadores, etc..) se ha de elaborar la aplicación del método del razonamiento analógico y efectuar un doble juicio, el de semejanza entre el supuesto regulado y el no regulado y el de relevancia de dicha semejanza<sup>543</sup>. Para la aplicación analógica de una posición de garante expresamente atribuida por el ordenamiento a otro sujeto, cuya posición no está prevista expresamente en la norma necesitamos una semejanza notable que permita dirimir el debate sobre si el legislador olvidó esa atribución pero estaba en la razón que le motivó a hacerlo con la atribución de garante que recogió en la norma (el cónyuge respecto del otro cónyuge –arts. 67y 68 CC- y su posible analogía a las parejas de hecho; el administrador respecto de la sociedad de capital –arts. 225 y ss. LSC- y su aplicación analógica a los administradores de hecho; etc.).

---

<sup>543</sup> García Rubio, M.P., “Comentario al art. 4” en VVAA., *Comentarios al Código Civil*, Domínguez Luelmo, A. (Dir.), Valladolid 2010, p. 59

El problema radica en la determinación de la razón para la imposición de la posición de garante a un sujeto. Es decir, cuál es el motivo que nos permitiría atribuir por analogía a un individuo una posición de protector de intereses cuando el legislador no lo ha hecho expresamente y venimos a integrar el ordenamiento, completándolo a través de la analogía legis. No sería posible la aplicación de la analogía iuris al no existir un principio jurídico en el que sustentar esa aplicación analógica, porque la atribución de la posición de intereses, que aplica el ordenamiento, no guarda en todos los casos semejanzas ni está motivado por razones únicas (nada tiene que ver la justificación de la tutela de un padre hacia sus hijos, basada en sus condiciones de dependencia, ante su incapacidad física y psíquica, que la que tiene el mismo sujeto, en su caso, hacia su cónyuge, basada en la relación de convivencia marital y ayuda mutua, y que en ningún momento se apoya en situaciones de incapacidad de alguno de los dos miembros). Por otro lado, y aunque, a priori, a algunos pudiera parecerles obvio y a otros ilógico, hemos de aclarar que no se puede importar las categorías de la posición de garante y su extensión sin tamizar y acomodar las mismas al Derecho Patrimonial en el que se reside la Responsabilidad Civil Indemnizatoria. Así, la posición de garante no puede extenderse por analogía más allá de lo que el legislador desea expresamente por expresa imposición del régimen jurídico sancionador de aquel, lo que no es obstáculo para llevarlo a cabo en esta sede.

Por ello, hemos de elaborar unos *topoi* que nos permitan asentar un cupo de fundamentos jurídicos en la atribución de la posición de garante y encuadrar, en su caso, en esa categoría, otras figuras no previstas legalmente, que deberán custodiar los intereses, jurídicamente relevantes, que el ordenamiento, en una interpretación analógica, les ha atribuido, por integración del mismo. Los supuestos a catalogar sólo pueden responder a categorías ya predispuestas, sin perjuicio de que si el legislador catapultara otra nueva, debería añadirse al listado para la susceptible aplicación analógica. Hasta el momento, el legislador, cualquier legislador, sólo ha atribuido la posición de garante de intereses en los siguientes supuestos, y que se asumen como tales para la posición de garante en la comisión por omisión en el Derecho Penal (la relación paterno-filial y sus sustitutos, el matrimonio, la confianza especial, la función policial para tutelar la seguridad básica y el velar por la sujeción a la Ley de la Administración, como una expresión del Estado de Derecho<sup>544</sup>). Estos deberes, denominados

---

<sup>544</sup> JAKOBS, G., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación...cit.*, p. 994 y

institucionales incluyen los normativos y algunos fácticos, como la relación de confianza especial a la que ya hemos aludido y obvian un deber de tutela de los intereses, que despreciado en el Derecho Penal, por no poder ser sujeto pasivo de delitos contra las personas, no puede ser excluido de un régimen de responsabilidad civil, cuya expresión es la restitución patrimonial de los daños sufridos y que por su propia naturaleza carece de capacidad efectiva para llevar a cabo medios de autotutela, como es el supuesto de las personas jurídicas, cuya gestión, administración, representación y toma de decisiones se encomienda a sus órganos, lo que requiere un examen particularizado del reparto competencial entre los distintos órganos que la conforman para atribuir esa posición de heterotutela de la persona jurídica a través de sus órganos, lo que no puede hacernos pensar, por muy ortodoxo que sea el planteamiento de la teoría organicista, que estamos ante supuestos de autotutela, porque en ese caso los órganos no serían responsables de los daños sufridos y que podrían haber evitado, por la persona jurídica, lesionando el interés de aquella porque pudiendo no se desplegó autoprotección, exonerando con ello, en todo caso, a aquellos que sí podían haber evitado la lesión y tenían la capacidad y legitimación para hacerlo.

En virtud de lo acabado de exponer, y en relación con deberes de garante de imposición normativa se sistematizan los siguientes supuestos:

(i) La situación de dependencia física del sujeto a proteger respecto del garante. La víctima carece de capacidad para la autotutela, aún siendo susceptible de generar autolesiones. La razón está en la proximidad de uno y otro en función de relaciones familiares o de índole especial, que determinan al legislador a dotar, por ocupar esa cercanía al garante con esa carga. La tutela desaparece al darse una capacidad de autotutela del tutelado (independencia de los hijos, recuperación de la plena capacidad del incapacitado, etc.). El garante puede delegar sus funciones de tutela en sujetos que tengan una capacidad aceptable en función de los términos socialmente refrendados, aún siendo inferior a la que aquellos disponen, y que los sustituyan en la protección a la que vienen obligados, pero no puede dejar sin tutela a los protegidos o bajo niveles inferiores de protección.

ii) La imposibilidad de que el sujeto pueda protegerse por carencia física del mismo y deslegitimación jurídica de cualquier otro sujeto para estos fines. Es el

supuesto de las personas jurídicas, carentes de cualquier medio físico para la autotutela y la deslegitimación de la acción de los socios, para proteger a aquéllas, más allá de la toma de decisiones en la Junta, que en todo caso deberán ejecutar los miembros del órgano de administración. Aunque pudiera parecer similar al anterior supuesto, no lo es tanto si se examina la posición de ambos –garante y tutelado- en relación con los sujetos que sustentan la creación normativa de la ficción de la personalidad jurídica. Esta última, como es reconocido<sup>545</sup> es una opción del legislador para facilitar la relación de la pluralidad de componentes de la entidad con los terceros, que una vez aceptada ha permitido su creación incluso sin miembros titulares de la misma, aceptando los patrimonios con personalidad jurídica. Si la persona jurídica, mero instrumento de colectivización de intereses a disposición de sus miembros, pero carente de entidad física y consecuentemente de sus propios medios de tutela, exige o la protección de sus propios titulares (lo que puede acontecer en determinadas entidades como la Sociedad Colectiva) o la protección a cargo de aquellos a quienes se les otorga la capacidad de administración de la misma, organizando sus medios y destinarlos a los fines para los que la misma ha sido creada, conllevando paralelamente una deslegitimación de sus titulares para dicha tarea. Así ocurre claramente con las sociedades de capital (arts. 209 y ss. LSC). Es a los administradores a quienes corresponde la posición de garante de los intereses de la entidad a la que representan, porque es a ellos a los que se les ha otorgado la capacidad de gestión y representación de la misma, careciendo de dichas facultades los socios que la componen. Por ello cabría una extensión de la función a los administradores de hecho (atribuida esa facultad de gestión y ordenación por la propia sociedad, no puede escudarse en una ausencia de nombramiento válido para el cumplimiento de sus deberes puesto que aceptada la posición de administración acepta la protección de los intereses de quien administra, sin que pueda hacerlo por sí misma) y no a los apoderados generales, que siendo meros representantes carecen de las capacidades organizativas supremas, que corresponden a cualquier sujeto para autotutelarse, salvo en las personas jurídicas que corresponde a sus administradores. Esa función de autoprotección no es de un representante sino del titular del interés, o en este caso de sus órganos con funciones de actuación y de legitimación para el ejercicio de la legítima defensa y de repeler los ataques a los intereses jurídicamente protegidos. No es obstáculo el que un apoderado general termine actuando como administrador de hecho,

---

<sup>545</sup> PAZ ARES, C. “La sociedad mercantil: atributos y límites de la personalidad jurídica”, en VVAA, Curso de Derecho Mercantil, Uría Menéndez (dirs.) vol. I, p. 527 y ss.

pero en este caso no se le imputaría la condición de garante por representar a la sociedad sino por administrarla, sobrando cualquier análisis posterior.

#### **D. La antijuridicidad en la responsabilidad civil como presupuesto de la condena a la reparación.**

##### *1. La función de la antijuridicidad en la responsabilidad civil. ¿Desvalor de acción o desvalor de resultado?.*

Existen, en la doctrina española, varias y encontradas posiciones respecto a la necesidad de la exigencia de la antijuridicidad en la causación del daño para que se de la responsabilidad civil<sup>546</sup>. La problemática consiste básicamente en entender que aquella está implícita en la imputación subjetiva, como elemento de la culpa o en exigir la misma como elemento independiente, e incluso en hacer que ambos conceptos funciones conexos<sup>547</sup>. La discusión tiene su trascendencia porque si se acepta la antijuridicidad como elemento de la responsabilidad civil, siempre habrá reproche a la conducta del causante y el sólo hecho de actuar contra el ordenamiento supondría una censura<sup>548</sup>. Si por el contrario, se entiende que no es elemento esencial se está optando por una responsabilidad civil que pueda darse aún ante un actuar absolutamente idóneo y correcto<sup>549</sup>, lo que supone responsabilidad con la mera imputación objetiva, y con ello con finalidades puramente resarcitorias, aun siendo el daño conforme a Derecho. Es imprescindible tomar partido en esta cuestión, porque de lo contrario si se construye una teoría de la responsabilidad civil sin la antijuridicidad, para evitar esa toma de

---

<sup>546</sup> A juicio de BUSTOS PUECHE, J.E., “La antijuridicidad, presupuesto de la responsabilidad extracontractual”, en *La Ley*, 21 de septiembre de 2004, p. 2 para la construcción dogmática del ilícito ha de acudir al Derecho Penal para obtener la claridad necesaria.

<sup>547</sup> ALBALADEJO, M. *Derecho Civil, II, Derecho de Obligaciones*, Barcelona 2002, 11ª ed., v. II, p. 931 afirma que el acto sea “objetivamente antijurídico, ilícito, por chocar con una norma que proteja el bien dañado”, para continuar afirmando dicho requisito, aún no exigido expresamente en la Ley es presupuesto “al requerir que el acto sea culpable, pues la culpabilidad consiste en que sea imputable y haya sido realizado consciente y voluntariamente un acto ilícito”.

<sup>548</sup> REGLERO CAMPOS, L.F., “Conceptos generales y elementos de delimitación”, en VVAA., *Tratado de Responsabilidad Civil*, Reglero Campos, L.F. (coord.), 2ª ed., Cizur Menor (Navarra) 2003, p. 65 afirma que la antijuridicidad equivale a una conducta contraria a una norma jurídica, en sentido propio (violación de una norma primaria destinada a proteger el derecho o bien jurídico lesionado), o en sentido impropio (violación del deber *alterum non laedere*).

<sup>549</sup> YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual...* cit., p. 111 afirma que puede haber responsabilidad por actos lícitos, negando que pueda decirse que un acto no puede ser lícito e ilícito que por su causa se haya dañado a alguien.

posición<sup>550</sup>, se está, por un lado determinando que la misma es contingente y por ello suprimible, y segundo, si para justificar la imputación se requiere la acción u omisión mediando culpa o negligencia, ya se está pidiendo la actuación contra ius y por lo tanto, exigiendo la misma, aun integrada en la culpa.

La defensa de la antijuridicidad como elemento constitutivo de la responsabilidad civil puede estar basado en múltiples razones. Hemos de partir de la consideración de que afirmar su existencia supone considerar que el daño es injusto o que la acción causante del daño es ilícita, es decir, que la responsabilidad civil impuesta al responsable se produce por un daño causado contrariamente a lo establecido por el ordenamiento. Las diversas razones en que se apoyaría la antijuridicidad pueden sintetizarse en las siguientes<sup>551</sup>: a) La violación de una norma jurídica imperativa o prohibitiva<sup>552</sup>, lo que parecería rechazarse al no existir una tipificación de los supuestos de daño resarcible; b) sería injusta la conducta lesiva del derecho subjetivo de otro, que plantearía el problema de la tipificación de los derechos subjetivos y provocaría la ausencia de resarcimiento de la lesión del valor no definido; c) el daño injusto se daría cuando se lesiona cualquier interés merecedor de tutela, que no subsana los problemas porque el término interés no tiene definición previa; d) la antijuridicidad provendría de la culpa en la actuación del agente, aunque entonces no tendría sentido de existir ya esta última categoría; e) la violación de cualquier regla, aún la más genérica como la que establece *alterum non laedere*, que no delimitaría qué daños son resarcibles y cuáles no.

En una postura minoritaria, que ha ido sumando adeptos, se ha negado la existencia de la antijuridicidad en nuestro ordenamiento como requisito de la responsabilidad civil extracontractual<sup>553</sup>, incluso referida *obiter dicta* en alguna

---

<sup>550</sup> ALBA FERNÁNDEZ, M. y RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., “Las Agencias de Rating como terceros de confianza: responsabilidad civil extracontractual y protección de la seguridad del tráfico”, en *RDBB*, núm 120, octubre-diciembre 2010, p. 171 y ss. afirman en nota 68 que obvian “sin ánimo de tomar partido en la cuestión, el controvertido requisito de la antijuridicidad del acto dañoso”.

<sup>551</sup> Es clásica la referencia sobre este tema al trabajo de DE ANGEL YAGÜEZ, R., *Tratado de Responsabilidad Civil*, Madrid 1993, p. 258 y ss., al que aquí seguimos en la sistematización.

<sup>552</sup> BUSTOS PUECHE, J.E., “La antijuridicidad, presupuesto de la responsabilidad extracontractual...cit, p. 3 recoge esta postura defendiendo que la conducta antijurídica es la contraria a la norma jurídica.

<sup>553</sup> El esquema fundamental de la argumentación en contra procede esencialmente de PANTALEÓN, F., “Comentarios al artículo 1902 Cc.”, en *VVAA.*, *Comentario del Código Civil*, Paz-Ares Rodríguez, C., Díez Picazo Ponce de León, L., Bercovitz, R. y Salvador Coderch, P. (dirs.), Madrid 1991, tomo II, p. 1994 Y 1995, seguido por parte de la doctrina, entre los que se encuentra YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual*, Madrid 2001, p. 110 y ss.; ROCA, E., *Derecho de Daños. Textos y materiales*, Valencia 2007, 5ª ed., p. 90. que afirma que sólo la culpa es

sentencia<sup>554</sup> Los elementos en los que se apoya la negación de este elemento en el sistema previsto en nuestro derecho privado son fundamentalmente la existencia de un sistema atípico<sup>555</sup> frente a otros cuyo paradigma representa el ordenamiento alemán, con una configuración estructural del fundamento indemnizatorio basado en la tasación de determinados daños expresado en la norma del art. 823.1 BGB que menciona la lesión de la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la propiedad u otro derecho de una persona. No obstante, no puede negarse que la tipificación de los referidos daños tiene cierta flexibilidad, bien vía doctrinal, mediante la interpretación del último inciso del mencionado art. 823.1 BGB “u otro derecho de una persona” que ha ampliado el ámbito de protección a todos los derechos absolutos<sup>556</sup>; bien vía legal, a través de las posibilidades habilitadas por las cláusulas generales previstas en los art. 823.2 BGB que se refiere al resarcimiento de los daños causados a raíz de la infracción de una ley destinada a proteger o tutelar a otro sujeto y la contemplada en el art. 826 BGB que establece la obligación de resarcir los daños cuando infringiendo las buenas costumbres se causa dolosamente a otra persona.

La inexistencia expresa de una norma primaria en la que poder anclar la responsabilidad por daños que afirma la norma secundaria del art. 1902 CC. que obliga a reparar el daño causado, sin haber prohibido previamente efectuar determinados daños. Nuestro art. 1902 CC. es similar al art. 1382 del CC. francés que no menciona la antijuridicidad como requisito, pero difiere del art. 2043 CC. italiano, que menciona el “daño injusto”. No obstante, la doctrina, siempre y en todo caso, afirma que a pesar de la no existencia de la antijuridicidad como elemento esencial de la responsabilidad civil, no se responde ante una causa de justificación<sup>557</sup>.

Se afirma que ante la existencia de una cláusula general, todos los daños habrían de ser indemnizados, a no ser que el interés lesionado sea indigno de protección<sup>558</sup>, lo cuál, en estos supuestos no supondría la inexistencia de antijuridicidad sino la inexistencia de

---

necesaria para que la obligación surja; PARRA LUCÁN, M.A., “Responsabilidad por hecho propio...cit., p. 392 afirma que cuando se afirma la necesidad de este elemento, no añade nada al resto de presupuestos; REGLERO CAMPOS, L.F., “Conceptos generales y elementos de delimitación...cit., p. 65

<sup>554</sup> STS (S 1ª) 29 12 1997. - Id Cendoj: 28079110011997101680

<sup>555</sup> YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual...cit.*, p. 111 afirma que una de las diferencias entre la responsabilidad civil y la penal es la existencia imprescindible en esta última de la antijuridicidad tipificada.

<sup>556</sup> FUCHS, *Deliktsrecht*, Berlin 2001, p. 32 y ss.

<sup>557</sup> PANTALEÓN, F., “Comentarios al artículo 1902 Cc....cit., p. 1995 así lo afirma negando responsabilidad en supuestos de legítima defensa o cumplimiento de un deber.

<sup>558</sup> PANTALEÓN, F., “Comentarios al artículo 1902 Cc....cit., p. 1994



daño relevante, en relación con el sujeto que padece tal situación<sup>559</sup>. Esta posición puede parecer aceptable puesto que el art. 1902 CC. obliga a indemnizar todos los daños causados habiendo incurrido en “culpa o negligencia”, por lo tanto, la atipicidad supone la obligación de reparar todos aquellos daños que le sean imputables, salvo que se establezca reglas en contrario. Se ha afirmado<sup>560</sup> que la antijuridicidad no opera de forma negativa, de tal forma que todo daño sería antijurídico salvo que haya causa de justificación, lo que haría que careciera de autonomía respecto del daño, ya que “no todo daño producido fuera de las causas de justificación es antijurídico”. Existirían, en consecuencia, intereses a los que el ordenamiento no protege por no tenerlos en cuenta o por ser ilegales o inmorales, aunque a su juicio “no se podría decir que su detrimento no fuese antijurídico porque el autor del daño tuviera un derecho a inferirlos. A nuestro juicio, en estos supuestos no se está hablando de antijuridicidad sino de inexistencia del concepto “daño” desde el punto de vista del Derecho. Cuando el ordenamiento no tiene en cuenta determinados intereses o los considera ilegales o inmorales, sencillamente no ofrece protección alguna para ellos, el ordenamiento obvia dichos intereses por no ser dignos de quedar sometidos a su amparo (tráfico de drogas, daño moral por la muerte de un famoso, lucro cesante por el fallecimiento de una prostituta, etc.). Por ello, entendemos que todo daño (como lesión de un interés jurídicamente protegido) es antijurídico, salvo que exista una causa de justificación que legitime su producción.

El examen del daño es previo a la antijuridicidad, que implica no sólo un examen de la realidad física, sino jurídico, para poder conceptuar al daño como la lesión del interés protegido. Una vez pronunciados en sentido afirmativo, deviene el examen de antijuridicidad que es la contradicción del daño con el ordenamiento, lo que se concreta en la comprobación de la existencia, o no, de justificación de esa lesión. No hay razón para examinar la ilicitud del daño –como lesión de cualquier interés- si para el testado jurídico a realizar sólo nos es relevante el daño jurídico y no cualquier daño.

---

<sup>559</sup> El supuesto del proxeneta al que se niega la indemnización por la muerte de la prostituta a la que explotaba es prueba de ello. Tal hecho puede acarrear daño para los familiares de la fallecida, que habría que indemnizar en su caso, pero no para el proxeneta que carece de derecho alguno a exigir que no se dañe esa relación de explotación ilícita en la que se aloja. Nadie incumple deber alguno dañando una relación ilícita, en la que supuestamente se basaría la reclamación del proxeneta. Por el contrario, para este último, violador de la norma que le impide mantener esa posición de explotación, el ordenamiento prevé precisamente la nulidad (causa ilícita) de su relación como instrumento para mantener los fines del ordenamiento. La muerte de la prostituta produce el mismo daño que la resolución unilateral de la ilícita relación por parte de aquella, ninguno. Distinto es, por supuesto, que el proxeneta tenga con la explotada una relación afectiva, en cuyo caso, reclamará por el daño moral padecido.

<sup>560</sup> PENA LÓPEZ, J.M., “Función, naturaleza y sistema de la responsabilidad aquiliana en el ordenamiento jurídico español...cit., p. 194

La antijuridicidad sólo tiene sentido si se pronuncia sobre lesiones jurídicamente relevantes. Por ello, la antijuridicidad, como acontece con en el Derecho Penal, por mucho que se integre en sede de atipicidad, sólo despliega sus efectos sobre conductas penalmente relevantes, como contradicción con los imperativos determinados por la tipicidad. Por ello, en sede de Responsabilidad Civil, sólo tiene cabida la ilicitud si el presupuesto imprescindible de la misma, el daño, ya está acreditado. De lo contrario, lo que quedaría sin sentido sería precisamente este requisito, ya que hasta la revisión de ilicitud no podríamos localizarlo.

Es cierto que el art. 1902 CC no requiere la lesión de un derecho subjetivo absoluto<sup>561</sup>, y ni tan siquiera la lesión de un derecho subjetivo relativo u otra situación jurídica del dañado<sup>562</sup> y que ni tan siquiera cierta tipicidad de daños en determinados sectores supone la tipificación de los derechos subjetivos cuyo daño sería antijurídico<sup>563</sup>. Pero no por ello se puede sostener que ante tal situación de atipicidad de los daños que obligan a reparar se elimine el elemento antijurídico o injusto que integra los elementos constitutivos de la condición de responsable.

La supuesta atipicidad no dirime el conflicto entre la exigencia, o no, de la antijuridicidad, como elemento de la Responsabilidad Civil, salvo que se considerara que, como presupuesto de esta última, se encuentra la tipicidad del daño, lo cuál implicaría asimilar la estructura de imputación a la del Derecho Penal, en el que se tipifican las conductas, de resultado o de mera actividad, sobre las que recaerá, en su caso, la antijuridicidad. No obstante, en el propio ámbito del Derecho Penal, la relación tipicidad-antijuridicidad, genera controversia respecto de si ambas van unidas o, por el contrario, la primera es presupuesto de la segunda<sup>564</sup>.

---

<sup>561</sup> YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual*...cit., p. 111 niega tal posibilidad por la dificultad de confeccionar un catálogo de derechos subjetivos, además de que existen valores materiales o personales no definidos por la ley como auténticos derechos.

<sup>562</sup> Díez-PICAZO, L., *Derecho de daños*, Madrid 1999, p. 291 y ss. afirma que no puede ampararse la responsabilidad civil en la lesión de derechos, puesto que para la protección de derechos subjetivos es función de otras acciones como la reivindicatoria, la negatoria, etc y no de la acción indemnizatoria en la que se concreta la responsabilidad civil.

<sup>563</sup> REGLERO CAMPOS, L.F., "Conceptos generales y elementos de delimitación..."cit., p. 66 afirma que esa cierta tipificación produce únicamente efectos de delimitación en la aplicación de la norma especial.

<sup>564</sup> MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*...cit., p. 127 y ss. recoge la relación entre la tipicidad y antijuridicidad y refiere como en la evolución histórica se ha producido una evolución que en la actualidad se desarrolla en dos teorías: el "finalismo" en que el tipo es sólo indicio de la antijuridicidad y se opta por un modelo tripartito de delito: acción típica, antijurídica y culpable y que supone que "las causas de justificación no excluyen la prohibición de la norma, sino que permiten su infracción"; y la doctrina mayoritaria en Alemania y en España, la denominada "teoría de los elementos negativos del

La existencia de una cláusula general, como la existente en nuestro ordenamiento, no nos puede llevar a la conclusión de que no existe la antijuridicidad como elemento estructural de la Responsabilidad Civil, en base a que no exista expresamente una norma primaria cuya violación se encuentre tipificada, dado que el art. 1902 CC. sólo contiene una norma secundaria o de mandato al juez para que condene. La cuestión principal está en determinar si sólo son daños resarcibles aquellos para los que se establece expresamente un sistema de protección o, por el contrario, la obligación resarcitoria es la regla general, salvo que el ordenamiento tolere la causación del daño<sup>565</sup>. Los que niegan que el daño ilícito sea requisito de la responsabilidad civil fundamentan su posición en la inexistencia de la violación de una norma jurídica imperativa o prohibitiva<sup>566</sup>, lo que implica afirmar que existen actos dañosos generadores de responsabilidad civil, sin que exista la correspondiente norma que los regule.

Es cierto que la antijuridicidad no puede estar basada en la violación del principio “alterum non laedere” como norma primaria<sup>567</sup>, ya que el mismo sólo sería un principio que afirmaría el deber de no dañar a otro<sup>568</sup> y que quedaría diluido en todos aquellos supuestos de daños a otros que no generan obligación indemnizatoria. Así se ha sostenido que existe un deber sobre todos los sujetos de no causar daños a los demás<sup>569</sup> obviando que no sólo no toda lesión de un interés jurídicamente protegido no acarrea en todo caso el derecho de crédito a la reparación sino que en algunos casos el ordenamiento autoriza la específica lesión, retirando la protección, aunque la víctima siga padeciendo igual resultado. También se niega que la violación del principio “neminem laedere” sea antijurídica, porque ello presupondría el daño, con lo cuál se

---

tipo” por la que la tipicidad siempre implica antijuridicidad, y las causas de justificación excluyen la tipicidad. En su virtud, el tipo exige la tipificación de la conducta y la ausencia de causas de justificación.

<sup>565</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños...*cit., p. 296.

<sup>566</sup> YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual...*cit., p. 111

<sup>567</sup> Así lo expone correctamente PANTALEÓN, F., “Comentarios al artículo 1902 Cc....cit., p. 1995 puesto que no puede configurar dicho principio un verdadero derecho subjetivo sobre toda la esfera personal y patrimonial del sujeto; de acuerdo VON WICHMANN ROVIRA, G., “Responsabilidad Extracontractual o Derecho de Daños”, en VVAA. *Instituciones de Derecho Privado*, Delgado de Miguel, J.F. (coord.), Madrid 2003, tomo III, vol. 3º, p. 1075

<sup>568</sup> En ello se apoya DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Tratado de Responsabilidad Civil...*cit., p. 258 y ss. para afirmar la existencia de la antijuridicidad, ya que afirma que “de no existir una causa de justificación, cualquier daño puede considerarse ilícito porque viola la mentada regla máxima de convivencia: la que nos ordena no perjudicar a nuestros congéneres”

<sup>569</sup> PENA LÓPEZ, J.M., “Función, naturaleza y sistema de la responsabilidad aquiliana en el ordenamiento jurídico español”, en *RDP*, marzo-abril 2004, p. 174 afirma que hay un deber que recae sobre toda la comunidad jurídica de no causar daño a los demás.

confundirían ambos. Incluso afirmando la existencia de la antijuridicidad en virtud de la violación de ese deber genérico se termina afirmando que poco añadiría dicho elemento a la obligación indemnizatoria ya que toda actuación dañosa sería antijurídica<sup>570</sup> y ello ocasionaría el problema de afirmar que un daño es antijurídico porque se viola una regla de no causar un daño antijurídico<sup>571</sup>. Tampoco se acepta la consideración de la antijuridicidad como la contradicción entre la conducta y el ordenamiento o que lo antijurídico está en el mismo acto de dañar a otro, salvo la existencia de causas de justificación, aunque sí se afirme que todo daño no justificado deber ser reparado por quién lo ha causado<sup>572</sup>. A todo ello se añadiría que la existencia de dicho principio no es aceptable en un ordenamiento como el nuestro que se encuentra fundado en la competencia, donde se protege e incluso incentiva la causación de determinados daños a terceros<sup>573</sup>. No obstante, distinto sería si entendemos que estos últimos daños no son antijurídicos, que la conducta que los origina se encuentra protegida por el ordenamiento y que por tanto su producción se encuentra justificada por el ordenamiento, a través de los cuáles persigue fines superiores y colectivos como el consistente en desarrollar un mercado competitivo, que incluso los dañados autorizan, consienten y aceptan, con carácter previo a su realización, precisamente al participar en un mercado competitivo, en el que ellos mismos también se encuentran autorizados a lesionar a los competidores.

El que haya actividades que causan daños a la esfera patrimonial de terceros no consentidas sino incentivadas por el ordenamiento no excluye necesariamente la existencia de una norma jurídica prohibitiva de la causación de daños a la esfera patrimonial, puesto que dable es en derecho establecer excepciones jurídicas a la regla jurídica general porque exista un interés predominante que consienta el establecimiento de una segunda norma, también primaria, de regulación conductual como excepción a la primera norma general, de naturaleza primaria. El juego de la regla y excepción y la idónea interpretación de ambas es lo que legitima la correcta aplicación de la norma

---

<sup>570</sup> ASÚA GONZÁLEZ, C.I., “La responsabilidad (I)”, en *Manual de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones. Responsabilidad civil. Teoría general de contrato*, Puig i Ferriol, Ll., Geste-Alonso y Caleera, M.C., Gil Rodríguez, J. y Hualde Sánchez, J.J. (dirs.), Madrid 2000, 3ª ed., p. 477.

<sup>571</sup> Díez-PICAZO, L., *Derecho de daños...*cit., p. 292

<sup>572</sup> YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual...*cit., p. 111 afirma que lo práctico es precisar cuándo no se ha de resarcir por estar justificado el que lo sufra la víctima, lo que conllevaría a afirmar la existencia de una causa excluyente de la antijuridicidad, “entonces diré que ante lo que estamos es más bien ante una estéril cuestión terminológica”.

<sup>573</sup> PANTALEÓN, F., “Comentarios al artículo 1902 Cc....cit., p. 1995.

secundaria, que impide aún tutelando la libre competencia<sup>574</sup> o la competencia leal, tutelando los intereses lesionados por conductas consideradas como tales, mediante, entre otras, una acción de resarcimiento de daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal<sup>575</sup>. La existencia de un mercado competitivo, protegido y promovido por el ordenamiento, es justamente un argumento a favor de la antijuridicidad como presupuesto inexorable de la responsabilidad civil, es más, como presupuesto central de la responsabilidad civil, sobre el que pivota el resto. Si no hubiese una norma primaria, a la que la secundaria explícita del art. 1902 CC viniese a dar cobertura<sup>576</sup>, sencillamente la atribución al juzgador para aplicar la consecuencia jurídica “obligación indemnizatoria” carecería de sentido ante la falta de referencia de la infracción de regla alguna<sup>577</sup> por el que se ha de determinar su responsabilidad, puesto que lo que hace la norma secundaria es justamente actuar ante la infracción, por el individuo de la norma primaria. Por todo ello, el art. 1902 CC. contiene una norma secundaria dirigida a los jueces y no una sino dos normas primarias: la que establece la prohibición de causar daño a otro y la que establece el mandato de evitar el daño a otro, el deber de actuar para evitarlo cuando se ocupa posición de garante. Podrá defenderse que el art. 1902 CC no contiene estas normas de manera literal –no “prohíbe” ni “ordena”- pero no excluye que dimanen justamente de la literalidad de la norma secundaria que expresamente se afirma, como ocurre con los tipos penales que, v.gr., no se expresan con mandatos con normas del tipo “prohibido matar” “ordenado socorrer” expresamente pero que pueden

---

<sup>574</sup> En la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, tutela, como afirma en su exposición de Motivos “La existencia de una competencia efectiva entre las empresas constituye uno de los elementos definitorios de la economía de mercado, disciplina la actuación de empresas y reasigna los recursos productivos a favor de los operadores o las técnicas más eficientes...la defensa de la competencia...es un instrumento de primer orden para promover la productividad de los factores y la competitividad general de la economía”.

<sup>575</sup> Art. 32.1.5º Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. Dicho precepto exige para el ejercicio de la referida acción que haya intervenido dolo o culpa del agente. Sin embargo, ello no es óbice para mantener que, la promoción normativa de la competencia, tiene sus límites en el propio ordenamiento que no ampara las acciones lesivas desleales, aunque para la reparación exija dolo o culpa, lo que se acredita en el mismo art. 32.1 de la LCD, que no exige culpa o dolo para las acciones declarativas, de cesación, de remoción o de rectificación.

<sup>576</sup> Nino, C.S., *Introducción al análisis del Derecho*, Barcelona 2003, 11ª ed., p. 92 afirma que las reglas primarias son las que prescriben a los individuos a realizar ciertos actos y son primarias “puesto que las demás reglas –las reglas secundarias- se refieren a ellas”.

<sup>577</sup> Nino, C.S., *Introducción al análisis del Derecho*...cit., p. 91 y ss. afirma que las reglas secundarias no se ocupan de lo que deben hacer los individuos, sino de las reglas primarias. Y siguiendo a Hart y su triple clasificación de las reglas secundarias (regla de reconocimiento, regla de cambio y regla de adjudicación) afirma que las Reglas de adjudicación son las “que dan competencia a ciertos individuos – los jueces- para establecer si en una ocasión particular se ha infringido o no una regla primaria”.

proceder de la norma secundaria que establece “El que mate a otro” o el que “omita el deber de socorro”<sup>578</sup>, por considerarse que está implícita en ella.

Si consideramos a la antijuridicidad como contrariedad de la conducta causante del daño con el ordenamiento<sup>579</sup>, habríamos de expresar, como se hace en el orden penal cuáles son las conductas típicas cuya comisión conlleva la imposición de la pena, puesto que toda conducta, dañosa o no, que pueda ser comprendida en el tipo penal es antijurídica, salvo que exista causa de justificación, que la hará, aún dañosa, en válidamente jurídica o conforme al ordenamiento. En este supuesto, la antijuridicidad se expresa de la contradicción del ordenamiento<sup>580</sup> al realizar la conducta tipificada.

Téngase en cuenta que en el Derecho Penal el juicio de antijuridicidad es doble, ya que exige, por un lado, que el hecho sea subsumible en el tipo penal, con el consiguiente desvalor sobre la conducta y que, por otro lado, aún típico no se encuentre justificado, en cuyo caso no habría antijuridicidad. En el Derecho Penal las causas de justificación se califican también de situaciones típicas como tipos negativos, que niegan el injusto, siendo sus características generales comunes a todos los hechos típicos, porque si bien el realizar un tipo, depende de los elementos específicos que caracterizan a cada delito y que implica una ataque imputable del bien jurídico protegido, la ausencia de causas de justificación es un elemento negativo común a todos los hechos tipificados, necesario para afirmar el hecho antijurídico y que de existir no eliminan el efecto lesivo sino que sólo lo justifican, si concurre alguna causa que excluya la antijuridicidad<sup>581</sup>. Tipicidad y antijuridicidad aunque vayan inexorablemente unidas en el Derecho Penal, puesto que la segunda requiere de la primera, no son sinónimos, ni se producen simultáneamente. La segunda depende de la primera, pero cabe, y aquí es donde se encuentra la raíz del problema aquí planteado, ausencia de antijuridicidad aún dándose la conducta tipificada, puesto que actúe una causa de justificación, a través de la cuál el ordenamiento permite realizar la conducta típica sin que por ello atribuya consecuencias al sujeto que la ha realizado al permitirle hacerlo, por aquellas razones suficientemente justificadas, a juicio del legislador. Es decir, la

---

<sup>578</sup> Nino, C.S., *Introducción al análisis del Derecho...*cit., p. 91 afirma que un ejemplo de reglas primarias son las que integran un código penal.

<sup>579</sup> PARRA LUCÁN, M.A., “Responsabilidad por hecho propio”, en Martínez de Aguirre Aldaz, C. (coord.), *Curso de Derecho Civi (II)l. Derecho de Obligaciones*, Madrid 2000, p. 391.

<sup>580</sup> El Diccionario de la Real Academia Española contempla el concepto antijurídico, como “Que es contra derecho”. Véase en [www.rae.es](http://www.rae.es)

<sup>581</sup> MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General...*cit., p. 422 y ss.

tipicidad de las conductas parece ser presupuesto, imprescindible pero no suficiente para la antijuricidad en el orden penal. Es cierto, que en el Derecho Penal sin tipificación no hay antijuricidad puesto que no cabría su existencia si no hay norma que prohíba, u ordene, previa y expresamente. La conducta podría ser legal o alegal, pero no *contra ius*.

En la Responsabilidad Civil no existe ese doble juicio de antijuricidad realizado en el Derecho Penal<sup>582</sup>. Si la antijuricidad se basa en el “desvalor de la conducta” en lugar de en el “desvalor del resultado”, en cuyo caso se juzgaría la conducta causante del daño y se imputaría la responsabilidad a aquellos que violan la conducta marcada por el ordenamiento, se estaría confundiendo antijuricidad con culpabilidad<sup>583</sup>, lo que exigiría una justificación de la distinción entre ambos elementos.

El centrar la responsabilidad en la conducta y no en el daño lo que es esquivo con un sistema de responsabilidad que exige, en no pocos supuestos, la reparación del daño a pesar de que el individuo haya actuado de conformidad con la diligencia exigida por el ordenamiento, donde la negligencia es sólo un elemento más de la responsabilidad, que no siempre se exige y que de hacerse es en sede de teoría de imputación, posterior, en su caso, a la antijuricidad<sup>584</sup>. A estos efectos se ha afirmado que la antijuricidad procede de la violación de una norma que protege un bien jurídico, un interés digno de tutela y habría ilícito cuando se lesiona ese bien jurídico protegido por la norma infringida, de tal manera que el deber de cuidado, que debe presidir el cumplimiento de la norma se vincula con ese interés protegido, es decir, el deber de cuidado está impuesto para evitar el resultado determinado y no cualquier resultado lesivo<sup>585</sup>. A nuestro juicio, el problema de este planteamiento es que no es capaz de determinar el catálogo de resultados lesivos que trata de proteger el art. 1902. CC. que obliga a reparar los daños causados, sin que se especifiquen cuáles son los intereses

---

<sup>582</sup> En contra, GÓMEZ POMAR, F., “Derecho de Daños. Bases de la responsabilidad civil (Tema 2)”, 2007, en [www.upf.es](http://www.upf.es), p. 21, que manifiesta que, en principio, sí se da esta diferenciación.

<sup>583</sup> PANTALEÓN, F., “Comentarios al artículo 1902 Cc...cit., p. 1995; en un sentido similar YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual*...cit., p. 111 para el que “al hablar de antijuricidad no debe importar la imputabilidad del autor del daño, sino sólo la contradicción entre el hecho y el ordenamiento jurídico”; Díez-PICAZO, L., *Derecho de daños*...cit., p. 29º afirma que el problema no es calificar a la actividad de la que el daño puede ser resultado ya que si no hay daño nada ha de indemnizarse.

<sup>584</sup> REGLERO CAMPOS, L.F., “Conceptos generales y elementos de delimitación...cit., p. 67 se pregunta si la conducta antijurídica no encierra una conducta negligente y si la negligente no contiene a la antijurídica, a lo que contesta afirmativamente, por lo que “resulta irrelevante que el daño se impute por negligencia o por conducta antijurídica”.

<sup>585</sup> BUSTOS PUECHE, J.E., “La antijuricidad, presupuesto de la responsabilidad extracontractual...cit, p.3.

protegidos por una norma de cuidado tan general. Además de que más que solucionar problemas, al eliminar el requisito de la antijuridicidad, complica ostensiblemente la determinación de la obligación (sujeto pasivo y justificación de la posición deudora) indemnizatoria, al integrar en sede de imputación subjetiva la responsabilidad. Se obvia, con ello, que la culpa civil actúa al margen del reproche al sujeto, lo que permite a los menores e incapaces responder civilmente del daño que se les imputa; al igual que se margina el hecho de que hay responsabilidad objetiva sin negligencia, lo que determinaría de no existir antijuridicidad que el daño se abona por mera causalidad, incluso aunque el daño fuese causado conforme a Derecho, lo que obviamente no acontece así -v.gr.: actos competitivos realizados conforme a Derecho; o supuestos de legítima defensa-; o no se cae en la cuenta que, finalmente, si la antijuridicidad está inserta en la negligencia, la diligencia en la causación convertiría al daño en conforme a Derecho, legitimando con ello ataques a intereses jurídicamente protegidos, que incluso no teniendo categorías de derechos subjetivos, podrían ser menoscabados, siempre que el causante actuara respetando el deber objetivo de cuidado, justamente como hace la tipicidad en el Derecho Penal. Y eso, que responde a los fines y funciones correspondientes a este, de ultima ratio, pierde virtualidad en el seno del Derecho Patrimonial, tutelador precisamente de esos intereses a los que el ordenamiento, cualquier ordenamiento jurídico, otorga protección.

Por ello, las causas de justificación, en esta sede del ordenamiento, no se configuran en torno a conductas constitutivas de delitos o faltas (art. 20.4.1 CP), como agresiones ilegítimas equivalentes a agresiones antijurídicas (tipificadas sin que sea necesaria la culpabilidad de su autor<sup>586</sup>), sino que se constituyen en torno a la mera vulneración de esa tutela desplegada por el Derecho.

Por otro lado, y en relación a la índole de la agresión que legitima la autotutela -sin llegar a entrar, en este momento, en el marco del derecho patrimonial que preserva la responsabilidad civil-, en el Derecho Penal ya se establece que el requisito de la agresión ilegítima, (exigida por el art. 20.4 CP), como presupuesto para admitir la legítima defensa no sólo cubre actos antijurídicos penales, sino también administrativos o civiles<sup>587</sup>, bastando con ello que el ataque constituya un ilícito jurídico. Lo contrario

---

<sup>586</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Tratado de Derecho Penal. Parte General...*, cit., p. 647

<sup>587</sup> LANDECHO VELASCO, C.M. y MOLINA BLÁZQUEA, C., *Derecho Penal Español. Parte General*, Madrid 2010, 18ª ed., p.335



conllevaría la obligación de aceptar el resultado lesivo procedente de actuaciones no relevantes para el Derecho Penal o de lo contrario la autotutela constituiría una acción típica, antijurídica y en su caso, culpable. Aquí hemos de traer a colación la ponderada perspectiva que ha de darse a la institución de la legítima defensa, como causa de justificación en el derecho de daños. Sin entrar en el ámbito de los ilícitos penales o administrativos, ya la legítima defensa permite la auto tutela lesiva de intereses ajenos frente a agresiones que menoscaban nuestros propios intereses, respetando el requisito de la racionalidad del medio empleado para impedirla o repelerla, este causa de justificación no sólo convierte en legítimo el proceder defensivo sino que hace conforme al Derecho al daño causado a quién ha vertido (por ilícito, aún no imputable) su actuar sobre los intereses de quien se auto protege. Pero esta causa de justificación<sup>588</sup> es la que permite afirmar, sin contradicción en el discurso y como argumento principal, la existencia y exigencia de la antijuridicidad, también como presupuesto de la responsabilidad civil y no sólo la penal, por mucho que se insista en la inexistencia de una norma en la que sostener el daño contra ius.

De sostenerse una responsabilidad al margen de la contradicción con el Derecho, de la acción causante del daño, por una imputación del daño no antijurídico o al margen de su negación de disconformidad con el Derecho, es decir, de eliminar este requisito, la legítima defensa no cabría y sólo podría ampararse en que el actuar es culpable para sostenerse la actuación que menoscaba intereses de quién actúa sin quebrantar las normas jurídicas. En este caso, y por el contrario, el actuante que actúa bajo una norma de cobertura del nivel de diligencia en su actividad, aún lesiva, no podría ser repelido del ataque a intereses ajenos porque su actuar, al no ser considerado antijurídico, no permitiría la repulsa. Pero, además y como quebranto de este argumento, si quien se defiende y atenta contra un bien de manera dolosa, para tutelarse del ataque de una acción diligente incurriría en culpa que le deslegitimaría. Esta situación situaría la legítima defensa no en la entidad del interés que se defiende y del bien que se lesiona en la defensa sino en función de la culpabilidad de la acciones, lo que desprotegería siempre a la víctima, que se tutela buscando el menoscabo de la fuente de riesgo frente

---

<sup>588</sup> PENA LÓPEZ, J.M., “Función, naturaleza y sistema de la responsabilidad aquiliana en el ordenamiento jurídico español...cit., p. p. 195 “La falta de culpa puede, por lo tanto, impedir el nacimiento de la obligación de reparar, pero no el de la ilicitud con todas sus otras consecuencias: posibilidad de la legítima defensa, del ejercicio de la acción inhibitoria y, en el caso de pluriautoría, la exoneración del no culpable, pero no de los culpables, cuando de existir licitud por concurrir alguna causa de justificación serían irresponsables todos los coautores”.

al bien de quien sin actuar culposamente causa, sin legitimación para aquel menoscabo del que la víctima se defiende. No puede obviarse que quien en legítima defensa – conceptualmente hablando- actúa, empleando la fuerza necesaria para repeler una agresión injusta, dirigida contra el que se defiende o contra un tercero<sup>589</sup> y si la agresión carece de la consiguiente injusticia sólo puede ser porque el agresor se encuentra a cubierto de una propia causa de justificación, pero no porque el agresor sea un inimputable o haya actuado diligentemente. Por lo tanto, la legítima defensa cabe en todo caso salvo frente a quién viene apoyado en el ordenamiento, que le permite la lesión a la que no cabe dar respuesta. No es posible la causa de justificación frente a la causa de justificación, pero si lo es cuando la misma no existe y la única explicación es que quién actúa y va a provocar el menoscabo no tiene derecho a ello, por lo que el que se defiende es dotado para protegerse a través del reconocimiento de un derecho de autotutela y ese derecho no puede ser para repeler otro derecho subjetivo, que sería el del agresor si negamos la existencia de la antijuridicidad. Por todo ello, la única posibilidad de reconocer la legítima defensa es considerar al ataque lesivo como ilegítimo, reconociendo a la víctima el derecho a tutelarse frente al no derecho del agresor a causar el daño de la primera. Y esto último sólo puede considerarse como, en caso de producirse, un daño antijurídico.

Por el contrario, no se puede justificar una ausencia de antijuridicidad, como se hace por parte de la doctrina<sup>590</sup>, en que se estima justo que el responsable sea quién soporte el daño si le es objetivamente imputable a su conducta culposa. La negligencia, en primer lugar, no supone la imputación objetiva del daño al responsable, puesto que es un post, que puede implicar ya la antijuridicidad de la conducta<sup>591</sup>, siempre que la culpa fuese un elemento constitutivo de la obligación indemnizatoria. Pero, además no solventa los problemas derivados de la responsabilidad objetiva o sin culpa, que no implica que la imputación se haga sobre bases abstractas y sin consideraciones de la relevancia de la conducta del sujeto responsable y de la propia antijuridicidad del daño. Y esto es así aunque se defienda desde determinadas posiciones que el daño debe

---

<sup>589</sup> LANDECHO VELASCO, C.M. y MOLINA BLÁZQUEA, C., *Derecho Penal Español. Parte General*, Madrid 2010, 18ª ed., p. 332

<sup>590</sup> PANTALEÓN, F., “Comentarios al artículo 1902 Cc....cit., p. 1995

<sup>591</sup> Para BUSTOS PUECHE, J.E., “La antijuridicidad, presupuesto de la responsabilidad extracontractual...cit., p. 2 afirma que “no son actos ilícitos aquellos que generan responsabilidad ex lege pero que no contraviene norma jurídica alguna...la ley ordena a veces, responder no ya sin culpa, sino incluso sin conducta ilícita. Tal sucede con los casos de responsabilidad objetiva”.

indemnizarse en la responsabilidad objetiva sin buscar causas o culpas<sup>592</sup>. En la responsabilidad objetiva, el daño –que implica lesión de un interés jurídicamente protegido y que con ello ya supone un contrariedad de la tutela que dispensa el ordenamiento y, por lo tanto, un efecto no deseado jurídicamente- no conlleva automáticamente el derecho de crédito a la reparación, sino que es imprescindible determinar la imputación y además que ese daño, ya imputado a uno o varios terceros, no esté respaldado por una causa de justificación.

Podemos afirmar que la conducta culposa es antijurídica en sí misma justamente porque ha supuesto una violación del deber objetivo de cuidado que ha motivado la causación del daño, en cuyo caso pareciera resolverse, en sentido contrario, que la conducta no culposa no lo sería. Esto nos llevaría a una falacia formal que provocaría el error en el silogismo. Dicha falacia se conoce con el nombre de negación del antecedente. Para ser antijurídica no es necesario ser culposa. Siendo tomada la construcción que se rebate del Derecho Penal, en concreto de la construcción finalista del derecho penal, que inserta la negligencia en el tipo, y que por lo tanto, conlleva a la quiebra de la tipicidad con la ausencia de culpabilidad. Estos errores no se producen en el Derecho Penal donde el iter conceptual del delito está claramente configurado (sea en la dogmática causalista, sea en la finalista). El error se configura al trasladar esa construcción, sin adaptación a la responsabilidad civil, donde la conducta activa sólo tiene relevancia en lo que respecta a la negligencia –que a nuestro juicio, opera no como criterio de imputación, sino como causa de exoneración-. El desliz se sitúa en el nexo que la responsabilidad civil ha mantenido con el derecho sancionador<sup>593</sup> y en el reproche (expreso desde el derecho antiguo y que justifica los preceptos de la responsabilidad civil codificada, como se refleja en los antecedentes de la elaboración del Código Civil francés) que ha acompañado a esta institución. Ello permite que se afirme que la culpa ya está presente en la propia acción u omisión lesiva<sup>594</sup>, lo que

---

<sup>592</sup> BUSTOS PUECHE, J.E., “La antijuridicidad, presupuesto de la responsabilidad extracontractual...cit., p. 2 niega que la responsabilidad objetiva haya de ser construida bajo la teoría de la responsabilidad aquiliana dado que, a su juicio, en estos supuestos, basta el daño para que haya de indemnizarse, sin disquisiciones sobre causas o culpas.

<sup>593</sup> CASAS PLANES, M<sup>a</sup>.D., “La Función de la Responsabilidad Civil...cit., p. 18 y 19, afirma que “daño y pena son dos nociones que históricamente vinieron mezcladas”, como ocurría en el Derecho Romano, en que las acciones provenientes de la Lex Aquilia tendían no a reparar el daño sino a que el culpable abonara el máximo valor que la cosa tuviese en el año anterior o en el mes precedente.

<sup>594</sup> O’CALLAGHAN MUÑOZ, X., “La responsabilidad objetiva”, en *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Moreno Martínez, J.A. (coord.), Madrid 2007, p. 807 defiende que en la acción u omisión que requiere el art. 1902 Cc. es antijurídica “en el sentido de que contraviene el principio *alterum non laedere* y de que produce la infracción de la norma que protege el derecho lesionado”, aunque

termina justificando la negación de uno de los dos requisitos, por reiterativos: o la antijuridicidad o la culpa; y, lo que es peor, impide deslindar el desvalor de resultado del desvalor de la conducta, obstaculizando la averiguación de la función de la institución de la Responsabilidad Civil y con ello de la correcta aplicación del régimen jurídico, en función de criterios interpretativos teleológicos. En definitiva, dejando la interpretación y la aplicación de la responsabilidad civil a la casuística y no a la hermenéutica científica.

Pero no podemos mezclar para justificar esta identificación el daño y la imputación objetiva con la culpa o con la antijuridicidad, porque la culpa puede presuponer la antijuridicidad, pero sería también posible que esta existiera aún sin culpa, si así lo decide el legislador, por lo que no presupondría, necesariamente, ese reproche subjetivo. El problema está en como entender el concepto de la antijuridicidad, sin que podamos aceptarlo como equivalente a culpa, ya que ello provoca confusión entre dos elementos distintos, no contemporáneos en el análisis que debe realizarse en el proceso de estudio de las fases de imputación de la responsabilidad civil y de su afirmación o negación para aquel a quién se trata de imputar el daño. La antijuridicidad, su contradicción con el ordenamiento no deviene necesariamente de la existencia del elemento de reproche conductual, o del elemento volitivo o intelectual del sujeto, sino de no ser conforme con el derecho. A este elemento no lo sitúa en su contexto correcto del Derecho Civil la teoría del delito, puesto que aquí se parte inexorablemente del elemento típico. Uno y otro tienen distintos objetivos y a ellos ha de estarse. En la responsabilidad civil la conducta del sujeto puede suponer incurrir en el deber de indemnizar aún siendo una conducta lícita<sup>595</sup>, cuya realización sea irreprochable desde el punto de vista de conformidad con el ordenamiento, pero ello no quiere decir que el resultado de la misma se encuentre justificado, aunque la conducta, inicialmente, no sea antijurídica. Además, en materia de responsabilidad civil, la atipicidad de las conductas pudiera hacer pensar que su omisión es fundamento suficiente para ignorar la antijuridicidad puesto que su presencia es imprescindible en el ordenamiento penal

---

posteriormente afirma que la culpabilidad “no es un presupuesto, sino que la culpabilidad está inmersa en los demás: en la acción u omisión que, con nexo causal, produce un daño”.

<sup>595</sup> Para BUSTOS PUECHE, J.E., “La antijuridicidad, presupuesto de la responsabilidad extracontractual...cit., p. 2, la responsabilidad objetiva no puede utilizarse para desnaturalizar la dogmática de la responsabilidad civil por acto ilícito argumentando que como en estas ocasiones se responde sin infracción alguna, la ilicitud de la acción no es un elemento de la responsabilidad civil.

como presupuesto de esta última<sup>596</sup>. Sin embargo, la atipicidad como rasgo válido del orden civil, frente al penal, no presupone la imposibilidad de actuar contra ius<sup>597</sup>, precisamente si la atipicidad se sitúa en el justo contexto del derecho patrimonial.

## 2. *La antijuridicidad y las causas de justificación.*

Es cierto que la justificación puede excluir la responsabilidad civil porque convierte lo ilícito en conforme a Derecho. No existe razón para que quién se defiende en una actuación legítima indemnice a quién le iba a procurar un menoscabo en sus intereses legalmente protegidos. Desde luego, si el daño no está justificado no se encuentra razón para excluir la responsabilidad civil.

La negación de la antijuridicidad no supondría, necesariamente, negar el desvalor de la conducta, pero éste se inscribiría en sede de imputación subjetiva<sup>598</sup>. El estado actual parece indicar que la antijuridicidad como conducta contraria al ordenamiento es un elemento requerido para la imputación de responsabilidad. Ello aparece en la normativa actual y en la jurisprudencia, de lo contrario no podría entenderse, como hemos referido, la no indemnización por daños causados en el ejercicio competencial de una actividad empresarial<sup>599</sup>.

La condena a indemnizar en supuestos en los que no se defiende la exigencia de la antijuridicidad, sumada a la ausencia de culpabilidad, supondría una mera responsabilidad basada en la imputación objetiva del daño. Es cierto que ello es viable, pero eliminaría la exoneración del responsable aunque pudiera justificarse el daño. Se entraría en una dinámica en la que de la razón de la imputación se iría a una imputación sinrazón, sin justificación más que la de hacer responsable a quién causó el daño, aún teniendo razones para ello. Por el contrario, no existe supuesto alguno en el

---

<sup>596</sup> VON WICHMANN ROVIRA, G., “Responsabilidad Extracontractual o Derecho de Daños...cit., p. 1076 afirma que la tipicidad como *ratio essendi* de la antijuridicidad no es necesario en el Derecho Civil en el cuál no se enjuicia la conducta del agente sino que trata de reparar el daño causado.

<sup>597</sup> PENA LÓPEZ, J.M., “Función, naturaleza y sistema de la responsabilidad aquiliana en el ordenamiento jurídico español”, en *RDJ*, marzo-abril 2004, p. 181 y ss. defiende que no hay actuación contra ius si los bienes lesionados no son los protegidos por la norma, lo que excluiría la indemnización; es también de esta opinión BUSTOS PUECHE, J.E., “La antijuridicidad, presupuesto de la responsabilidad extracontractual...cit, p. 3.

<sup>598</sup> REGLERO CAMPOS, L.F., “Conceptos generales y elementos de delimitación...cit., p. 65

<sup>599</sup> LARENZ/CANARIS *Lehrbuch...*cit., p., II.2 ,13, 75, I, p. 351 y ss. recoge el ejemplo de la competencia empresarial. El daño causado, aun doloso, no es indemnizable porque está permitido, e incluso es deseable.

ordenamiento en el que no se permita al causante del daño exonerarse bajo determinados fundamentos.

La antijuridicidad actúa de manera previa a la culpabilidad, lo que impide valorar la primera en virtud de la última. Cabría antijuridicidad sin culpabilidad (daño causado por un inimputable, que actúa diligentemente, lo que le exonera de responder, salvo que se prevea una responsabilidad objetiva), que resulta de la causación del daño, sin justificación para su producción, pero que elimina el reproche conductual al causante, al no haber infringido el proceso volitivo adverso en la causación del mismo.

Del mismo modo, es posible la existencia en un causante del daño, de culpabilidad, incluso dolo en la búsqueda del mismo, quién lo ha perseguido como objetivo, y que no exista antijuridicidad por el ser el mismo no sólo no rechazado por el ordenamiento, sino incluso promovido por él. En ocasiones el daño se busca de propósito como resultado de una actividad, para perseguir la lesión económica de otro sujeto y con ello marcar la diferencia en una situación de competitividad. No obstante, la culpabilidad, no supone necesariamente la existencia de responsabilidad civil, si el daño se encuentra justificado frente al ordenamiento, lo que impide, en primer lugar, confundir antijuridicidad y culpabilidad, puesto que la causa de justificación no opera frente al elemento subjetivo del causante, sino frente al elemento ordenador que marca el legislador, al justificar en determinados casos, y en otros no, que se produzcan determinados daños, aún tratándose de daños idénticos. En la Ley de Competencia Desleal, en la práctica prohibida prevista en el art. 9 “Actos de denigración”<sup>600</sup>. Como consecuencia de su realización, se permite al perjudicado ejercitar la correspondiente acción de daños y perjuicios (art. 38 LCD) al ver sus intereses económicos perjudicados por esta actuación constitutiva de competencia desleal<sup>601</sup>. No obstante la existencia de la lesión, la conducta no es antijurídica si las aseveraciones son exactas, verdaderas y pertinentes, precisamente porque el ordenamiento legitima tal daño al ser procedente que en un mercado se realicen afirmaciones sobre los competidores, exigiendo eso sí, que se trate de manifestaciones que cumplan los requisitos de exactitud, veracidad y

---

<sup>600</sup> Se establece como práctica prohibida, por desleal, aquella consistente en “la realización o la difusión de manifestaciones sobre la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero que sean aptas para menoscabar su crédito en el mercado”.

<sup>601</sup> Para REGLERO CAMPOS, L.F., “Conceptos generales y elementos de delimitación...cit., p. 67 afirma que es posible que en determinados supuestos la antijuridicidad es previa a la culpa, pero ello sólo ocurre en determinados supuestos, sin que sea viable su extrapolación a todos los supuestos en los que se actúe conforme a su derecho.

pertinencia. Es decir, no entramos en la valoración de la culpabilidad del agente causante de la lesión económica derivada de las afirmaciones vertidas, sin previamente hacer un análisis de la fuente del daño y ver su conformidad o no con el ordenamiento.

La culpabilidad vendrá, en su caso, posteriormente valorada. Cabe por tanto, dañar culpablemente (incluso dolosamente) y no por ello incurrir en la obligación de reparar el daño causado, si no existe antijuridicidad, porque el daño se encuentre justificado. Fíjese, que en el referido supuesto, previsto en el art. 9 LCD, aún siendo las manifestaciones exactas y verdaderas, se estima que constituyen práctica desleal si versan sobre aspectos estrictamente personales del afectado, lo que impide entrar en juego a la causa de justificación por no considerar que no cumplen con el requisito de pertinencia, no obstante su exactitud y veracidad. Es decir, la ausencia de ese requisito, constituye en práctica desleal la conducta sin que hayamos entrado nuevamente en el análisis de la culpabilidad. La conducta se justifica o no en función de parámetros de colusión con el ordenamiento, y no de daño, cuya ausencia en todo caso elimina la posibilidad de la indemnización, o de culpabilidad, cuyo análisis es irrelevante a estos efectos. De hecho, si analizamos esta conducta al margen del ámbito de aplicación de la LCD, podemos apreciar que caben supuestos en los que la misma conducta, con el mismo elemento de imputación subjetivo e idéntico resultado lesivo, no se prevé como consecuencia la indemnización de los daños y perjuicios causados. Así ocurre, si las aseveraciones se realizan por alguien sin fines concurrenciales, que queda al margen del ámbito de aplicación de la LCD y que, salvo lesión de los bienes jurídicos protegidos por otra norma, no habría de responder si lo afirmado es cierto.

La antijuridicidad puede analizarse también desde la caracterización de los juicios de valor que implicaría lo indeseable para el ordenamiento jurídico del daño producido y que se puede concretar en un juicio de desvalor del resultado acontecido, y no sólo de desvalor de la conducta. Ello pudiera justificar que en la responsabilidad civil se pudiera residenciar a la antijuridicidad en este desvalor de resultado<sup>602</sup>, que permitiría la consideración en esta sede de las causas de justificación. Ha de partirse necesariamente de que incluso en el Derecho Penal, donde como presupuesto de la existencia de un delito, es requisito inexcusable el comportamiento humano, la comprobación última sobre la existencia de la antijuridicidad de esa conducta tiene carácter negativo, porque

---

<sup>602</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños...*cit., p. 297 y 298.

tras la determinación de la existencia del tipo se comprueba si existe alguna causa de justificación para excluir la antijuridicidad<sup>603</sup>. No hay valoración de la conducta, sino sólo del resultado, al que se valora su conformidad o no con el ordenamiento, fundamentando a su vez, a juicio del ordenamiento, cuando el mismo se encuentra justificado. El problema del juicio del desvalor del resultado es que no puede servir de sustento de la antijuridicidad porque el mismo daño a veces ha de repararse y en otras ocasiones no, en virtud de una valoración o adecuación de la conducta, comisiva u omisiva, de la que procede. El reproche de la conducta siempre nos permite afirmar la disconformidad, de lo realizado, con el ordenamiento, pero el desvalor del resultado que causa no es elemento suficiente de reproche a su autor. La lesión por sí misma, incluso de un derecho subjetivo absoluto, imputada objetivamente a un sujeto agente, puede no suponer incurrir en el deber indemnizatorio. Por ello, hemos de analizar la antijuridicidad no desde el mero resultado ya desvalorado e imputado, sino desde la actuación que se desvalora por el resultado lesivo frente al que se ofrece la tutela de la responsabilidad civil. Por ello, hemos de proceder al análisis de la existencia de la antijuridicidad a partir de la justificación, o no del daño, que desvalora la conducta por el mero resultado. Si la conducta lesiva, inicialmente permitida o no, sólo será antijurídica si el daño causado, del que deriva el desvalor, tiene una causa de cobertura en su generación.

Sorprende ver que en la moderna consideración de la responsabilidad civil en nuestro ordenamiento, en la que se defiende la inexistencia del elemento de la antijuridicidad, se siga hablando, sin excepción, de causas de justificación<sup>604</sup>. La ausencia de tipicidad y la existencia de una cláusula general parece ser suficiente argumento para privar, frente a otros ordenamientos, del requerimiento en sede de imputación a un sujeto de los daños causados del elemento antijurídico<sup>605</sup>. Sin embargo, no hay obstáculo para aún causado el daño, imputado al sujeto causante, analizar la posible exoneración de la responsabilidad por considerarse que existía una causa de justificación en la que se

---

<sup>603</sup> MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General...*cit., p. 421 y ss.

<sup>604</sup> Entre otros, ROCA, E., *Derecho de Daños. Textos y materiales...*cit., p. 90 y ss. aunque lo hace dentro de lo que denomina exclusión de la responsabilidad, junto con el caso fortuito y la fuerza mayor.

<sup>605</sup> Por el contrario BUSTOS PUECHE, J.E., “La antijuridicidad, presupuesto de la responsabilidad extracontractual...”cit., p. 3, justifica la existencia de atipicidad en el Derecho Civil en virtud de la distinta función del ilícito que cumple frente al Derecho Penal. Así en este último, el tipo protege un bien jurídico determinado y además se describe la conducta lesiva, de tal manera que sólo hay delito si la lesión se ‘produce a través de la conducta detallada. Por el contrario, en el Derecho Civil sólo hay ilícito civil con la lesión del bien o interés jurídico que protege la norma de cuidado, pero la lesión puede proceder de un número infinito de comportamientos.



defender una exoneración frente la responsabilidad que sería consecuencia lógica de un daño imputado, en especial, cuando para declarar dicha responsabilidad ni tan siquiera se exige el elemento volitivo e intelectual que configura la imputación subjetiva o la diligencia que configuraría el presupuesto, en su caso, de la negligencia. De hecho, y con independencia de la posición que se adopte en relación con la cuestión de la antijuridicidad, el deber indemnizatorio decae si concurre la causa de justificación, que excluirá aquella, ya sea de la acción, ya lo sea del resultado, convirtiendo al daño en justo<sup>606</sup>. Todos los autores<sup>607</sup> que niegan la existencia de la antijuridicidad afirman sin reparo alguno, la posibilidad de exonerarse a través de la acreditación de alguna de las causas de justificación, extraídas de todo el ordenamiento, aunque principalmente de la construcción dogmática de la propia antijuridicidad en sede de Derecho Penal. E incluso, se afirma la existencia, en algunos supuestos, como justificante, de un deber jurídico del dañado de soportar el daño, por el cuál el dañante no esté jurídicamente obligado a indemnizarlo<sup>608</sup>.

La responsabilidad civil, en virtud de la cláusula general recogida en el art. 1902 CC., nacería de un sinfín de conductas, tipificadas o sin tipificación, prohibidas, permitidas, e incluso promovidas por el propio legislador, que por causar un daño, cualquier daño, sin tipificación alguna (derechos subjetivos, absolutos o no, intereses legítimos, etc.), exigiría una reparación de aquel al que se le impute. No obstante, si observamos el ordenamiento, si realizamos un análisis inductivo de la realidad, las cosas no son así. Imputado el daño, cualquier daño, derivado de cualquier conducta, exista culpa o no, no exige obligación indemnizatoria si existe una causa de justificación, si aquel que tendría que soportar la indemnización ha causado el daño de forma diligente, culposa o dolosamente, pero amparado en una causa de justificación, es decir, una razón por la que el ordenamiento lo había legitimado precisamente para producirlo<sup>609</sup>, legitimación de la que se carece cuando no existe causa de justificación en que amparar la lesión imputada. . Esto es innegable, y así se dice que en estos supuestos que estas razones

---

<sup>606</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños...*cit., p. 299.

<sup>607</sup> PANTALEÓN, F., “Comentarios al artículo 1902 Cc....cit., p. 1995; VON WICHMANN ROVIRA, G., “Responsabilidad Extracontractual o Derecho de Daños...cit., p. 1076 y ss.

<sup>608</sup> REGLERO CAMPOS, L.F., “Conceptos generales y elementos de delimitación...cit., p. 67.

<sup>609</sup> LORENZETTI, R.L., “Reflexiones acerca de la Responsabilidad Civil en el Siglo XXI...cit., p. 18 afirma como de la responsabilidad basada en el daño contra derecho se pasó a la derivada del daño sin derecho estableciéndose el principio del daño injusto por el que: “toda persona debe abstenerse de todo acto que pueda producir daño a otro, salvo que el comportamiento sea justificado”.

justifican el daño, este deja de ser injustificado<sup>610</sup>, o sin dar razón alguna se afirma<sup>611</sup> directamente, después de negar la existencia de la antijuridicidad en nuestras normas de responsabilidad extracontractual, que no hay responsabilidad del daño causado en virtud de la legítima defensa, cumplimiento de un deber, etc. A nuestro modo de ver no es posible negar la existencia de la antijuridicidad por la ausencia de la tipicidad. Si este último fuese un elemento imprescindible de la primera no tendríamos más remedio que aseverar que no habiendo la una sería imposible la existencia de la otra. Sin embargo las cosas no son así porque la antijuridicidad, incluso en el Derecho Penal, no se compone sólo de la tipicidad<sup>612</sup>.

Debemos aclarar que la antijuridicidad es la contradicción al ordenamiento y ahí es donde está la esencia de el debate. De negarse su exigencia estaríamos afirmando que la causación de daños sería algo permitido jurídicamente, lo que imposibilitaría la condena a reparar daños. La norma, dirigida a los órganos aplicadores del ordenamiento, contemplada en el art. 1902 CC. no es más que el resultado de la condena que se realiza al daño, de la repulsa que se muestra ante su causación, obligando a aquel al que se le imputa a repararlo. Fíjese que la conexión entre daño y responsabilidad fijada en el referido precepto no es caprichosa sino consecuente con el rechazo que produce la lesión personal o patrimonial a cualquier sujeto y por ello se hace responsable al que lo causa y no a aquel en mejores condiciones para hacerse cargo de ellos o aquel que mejor pueda distribuirlo entre el colectivo.

Si entendemos que la causación del daño no es antijurídico es inexplicable que papel han de jugar las cláusulas de justificación. Si el juez ha de condenar a todo aquel que cause, a todo aquel al que se le impute objetivamente el daño y además, en cumplimiento del art. 1902 CC. cause culposa o dolosamente el daño, la alegación de una causa de justificación no tendría relevancia alguna. Si causas de justificación es lo contrario de antijuridicidad, la negación de las primeras supone la afirmación de la

---

<sup>610</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L. y otros, *Derecho de Obligaciones*, vol. II, 4ª ed. Madrid 2009, p. 447 y ss. “El acto dañoso, para que produzca obligación de indemnizar, ha de ser antijurídico, esto es, contrario a derecho”, pero termina afirmando que la responsabilidad civil nace de la vulneración del *alterum non laedere*, que convierte a la conducta en ilícita, para lo que se requiere que cause daño. No obstante, se obvia que precisamente para vulnerar ese principio es imprescindible el daño.

<sup>611</sup> PANTALEÓN, F., “Comentarios al artículo 1902 Cc....cit., p. 1995.

<sup>612</sup> ROXIN, C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre, München 1994, 2 auflage

afirma claramente que la tipicidad no es suficiente para comprender la antijuridicidad ya que está se excluye si aún en presencia de una conducta típica concurre una causa de justificación.

segunda. Todo daño no justificado, que no se encuentre apoyado en una causa de justificación supone un daño antijurídico, injusto, que sufre la víctima. El daño de tal característica requiere su reparación, siempre que el mismo pueda ser imputado a un tercero y que, en su caso, este tercero no tenga una causa de exculpación<sup>613</sup>, si la culpa es requisito para la constitución de la obligación resarcitoria. La ausencia de negligencia no justifica el daño, sólo exime a su autor de resarcirlo, si la misma se solicita por el ordenamiento. El daño es igualmente injusto, si no hay causa de justificación que lo avale, aunque detrás de él se encuentre un inimputable y, por ello, en su caso, haya una norma que le exima de resarcirlo. Por otro lado, la existencia de las causas de justificación no pueden asentarse en sede de causación o de imputación subjetiva para evitar la responsabilidad<sup>614</sup>, ya que no todas las causas de justificación conocidas (legítima defensa, ejercicio legítimo de un derecho, etc.) rompen el nexo causal, ni la imputación objetiva, sino que de hecho ratifican la imputación. Las causas de justificación se utilizan para “justificar” la causación del daño<sup>615</sup>, que ha sido imputado a un sujeto. Por otro lado, la culpabilidad, que actuaría a posteriori de la consideración de la causa de justificación existe o no, al margen de la justificación y así tanto caben causas de justificación en responsabilidades objetivas como en supuestos en los que se haya producido negligencia, e incluso el dolo, sin responsabilidad, si existía causa de justificación.

La antijuridicidad no se busca en la acción causante del daño porque, como ya hemos dicho, la responsabilidad civil puede surgir de acciones plenamente lícitas<sup>616</sup>, incluso promovidas por el legislador. Por ello, no necesita de tipicidad conductual alguna. No se

---

<sup>613</sup> ROXIN, C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*,...cit. establece que “La diferencia entre falta de antijuridicidad y falta de culpabilidad, entre justificación y exculpación, consiste en que una conducta justificada es reconocida como legal por el legislador, está permitida y ha de ser soportada por todos, mientras que una conducta exculpada no es aprobada y por ello sigue estando no permitida y prohibida. Únicamente no se castiga, pero por regla general no tiene por qué ser tolerada por quien es víctima de una conducta antijurídica”.

<sup>614</sup> Sí lo hace ASÚA GONZÁLEZ, C.I., “La responsabilidad (I)...cit., p. 477 que afirma que la legítima defensa supone la ausencia de la culpabilidad e incluso la existencia de concausa del dañado agresor, y en relación con el ejercicio legítimo de un derecho excluye también la culpabilidad y también supone, en ocasiones, concausa a la que imputar el daño; en un sentido similar PARRA LUCÁN, M.A., “Responsabilidad por hecho propio...cit., p. 392 que ve a las causas de justificación como prueba de la falta de culpa del agente o también como elemento acreditativo de que la víctima es quién origina el daño.

<sup>615</sup> REGLERO CAMPOS, L.F., “Conceptos generales y elementos de delimitación...cit., p. 67 afirma que a veces la antijuridicidad funciona en la imputación, en especial en las conductas omisivas, o para impedir la imputación objetiva en determinados casos como en los de legítima defensa.

<sup>616</sup> PARRA LUCÁN, M.A., “Responsabilidad por hecho propio...cit., p. 391. Para BUSTOS PUECHE, J.E., “La antijuridicidad, presupuesto de la responsabilidad extracontractual...cit., p. 3 sin antijuridicidad de la conducta no debemos seguir, por muy grave que sea el daño. No hay responsabilidad si la conducta fue lícita.

sancionan conductas, no se persigue obtener actuaciones concretas del destinatario de la norma. Tampoco se encuentra en concretos daños, pero no porque no se encuentren tipificados los daños susceptibles de resarcimiento como se hace en otros ordenamientos como el alemán, sino porque el daño, el mismo daño, aún tipificado como objeto de resarcimiento, puede ser, según la existencia o no de causas de justificación, justo o injusto, inaceptable o justificado para el ordenamiento. El uso del propio derecho no presupone un uso ilimitado del mismo, quedando sometido, como justificación del daño al límite del abuso del derecho (art. 7.2. CC.). Traspasado el mismo, no hay justificación y el daño es antijurídico<sup>617</sup>.

3. *El consentimiento como afectación de la antijuridicidad del daño sufrido. Relevancia en la imputación y en la justificación del daño.*

En relación con el consentimiento de la víctima (o más bien del titular del interés que sufre el efecto lesivo) es importante diferenciar entre los supuestos en los que se consiente someter dicho interés a un riesgo generado por un tercero, ya sea en supuestos de autopuesta en peligro por parte de la propia víctima o de supuestos en los que el control del riesgo iniciado por un tercero se cede a la víctima que lo consiente, de aquellos en los que se tolera la efectiva lesión.

En los primeros, el titular del interés, inicialmente protegido, acepta como suyos esos riesgos, los interioriza como propios o accede a su control y quedan, por tanto, en el ámbito de autoprotección de la víctima. Si el consentimiento es válidamente emitido y el interés es disponible para ser sometido a esos riesgos (lo contrario exige una norma prohibitiva contra la libertad de la víctima) se asumen los resultados lesivos como propios, generados en el interactuar con terceros en el marco de las relaciones sociales. Los riesgos se aceptan sin que, aún en el supuesto en el que curso causal correspondiente sea desarrollado por el causante, puedan imputarse normativamente al tercero cuya conducta causalmente, previo consentimiento del lesionado, terminó

---

<sup>617</sup> REGLERO CAMPOS, L.F., “Conceptos generales y elementos de delimitación...cit., p. 67 afirma que “la juridicidad de la conducta generadora de un daño ha de completarse necesariamente con la justificabilidad de ese daño, es decir, con el hecho de que el perjudicado haya de soportarlo jurídicamente, y por eso tiene su contrapunto en la doctrina del abuso del derecho”.

generándolos pero que excluyen la conducta antijurídica por ausencia, no ya de conducta conforme a Derecho, sino por ausencia del resultado lesivo *contra ius*, al ser fruto de la libre voluntad de la víctima que ha hecho suyos los riesgos de la actividad del perjudicado. Por ello, la tutela inicial del ordenamiento cede ante la libre aceptación del tutelado a participar en los riesgos generados por el causante, sin que dicha conducta sea merecedora de reproche alguno porque, como hemos referido, el resultado lesivo lo hace suyo quien lo padece al aceptar los posible peligros del curso causal aceptado. Así, actuaría en este sentido quien invierte conociendo los riesgos de la inversión, haciendo suyos los efectos lesivos sufridos por el activo invertido cuando éste, en los términos asumidos, pierde valor a raíz de los vaivenes del mercado en el que se negocian esos activos. O, parece también asumible, aceptar como tal la pérdida de un crédito, cuyo efecto perjudicial no es imputable al administrador que informó debidamente al acreedor de la situación de alto riesgo en la devolución del importe debido (y que pudo haber motivado, posiblemente, un incremento en el precio de la prestación efectuada). En este mismo sentido, los riesgos asumidos por cualquier representado derivados de una gestión diligente de su representante que al albur de la incertidumbre de un mercado adquiere bienes cuyo valor se deteriora fruto de los riesgos posibles en esos negocios, cuando el primero da instrucciones muy genéricas al segundo para la gestión del patrimonio encomendado. Ese consentimiento excluye la imputación del daño a quien aún causando las pérdidas no las ha de asumir por la falta de un daño que le sea imputable, privando a la lesión de la propia antijuridicidad.

En estos supuestos, la incertidumbre que dimana de autorizar o someter los intereses propios a un riesgo, como probabilidad de lesión, permite hacer conforme a Derecho un daño, por no ser imputable a otro sujeto que a la propia víctima, aunque el mismo haya excedido del ámbito inicialmente previsto, siempre que el mismo sea resultado del riesgo autorizado. En los supuestos en los que el consentimiento actúa como causa de justificación por consentir la efectiva lesión, la declaración de voluntad de la víctima acota adecuadamente el ámbito del daño justificado y, más allá, de esas lindes, el daño es antijurídico. No es lo mismo autorizar a asumir operaciones de riesgo de pérdida que autorizar una operación a pérdida. En el primer caso, los resultados negativos –todos los que dimanen–, si el representante actúa en los términos del consentimiento (leal y diligentemente, si no hay pautas expresas), son de la víctima. En el segundo supuesto, el daño que no es antijurídico es el que dimana, expresamente, de

la autorización del titular del interés perjudicado y cuya lesión se genera por el causante. Cualquier daño que exceda del inicialmente delimitado es antijurídico y, por tanto, inicialmente indemnizable. Además, resulta relevante destacar que en los supuestos en los que la víctima hace suyos los riesgos, éstos han de mantenerse en los términos autorizados pero sin que sea necesario que el causante o quien controlaba inicialmente la fuente de riesgos debe mantener en todo momento el control puesto que al asumir, la víctima, los mismos, asume, en su caso, el control derivado del devenir del curso causal del riesgo puesto ya en funcionamiento. Por ello, la revocación del consentimiento pierde relevancia si el riesgo ha salido del control del causante, lo que sostiene la imputación del daño a la víctima al hacer suyos los efectos lesivos.

Supuestos diferenciados son aquellos en los que la víctima consiente no ya el riesgo de una pérdida o deterioro de aquellos intereses a los que el ordenamiento otorga protección, sino que autoriza la propia lesión que genera, causa y, por tanto, le es imputable, al causante. En estos casos, el consentimiento no elimina, a priori, la antijuridicidad, sino que la misma se excluye ante la existencia de una causa de justificación que convierte lo inicialmente antijurídico en conforme al Derecho y lo hace sobre un daño que ha sido imputado previamente a un determinado sujeto, lo que implica también que el consentimiento sólo abarca al sujeto autorizado y no a terceros, aunque el daño y los efectos sean idénticos. Ello sin perjuicio de que puedan aparecer otras causas de justificación oponibles por terceros no autorizados que terminen, aunque sin idéntica base jurídica, por convertir el daño en un resultado permitido por el ordenamiento, en base a la posible ponderación de intereses o valores que puede haber existido y que subyace a toda justificación<sup>618</sup>.

En estos segundos supuestos, el consentimiento como justificación exige una mayor implicación y formalidad de la víctima en su otorgamiento y sobre todo los límites del mismo delimitan, de manera exhaustiva el alcance la antijuridicidad. En estos supuestos de consentimiento a la lesión, el causante nunca puede perder el control del riesgo del que dimanará el efecto lesivo y una revocación del consentimiento, con anterioridad a dicha lesión, convierte a esta, de nuevo, en antijurídica dado que el daño sólo puede ser conforme a Derecho si está autorizada en el instante en el que dicha

---

<sup>618</sup> Como se reconoce en el ámbito del Derecho Penal para todas las causas de justificación, así LACRUZ LÓPEZ, J.M., en Curso de Derecho Penal, Madrid 2011, p. 493

lesión se produce. Lo contrario implicaría trasladar riesgos sobre la víctima que no han sido autorizados y por tanto generadores, de ser lesivos, de daños antijurídicos.

Diferentes de los dos supuestos anteriores, y de mayor complejidad, son los casos denominados, en el ámbito de la doctrina penal, de heteropuesta en peligro consentida<sup>619</sup>. Supuestos en los que el perjudicado acepta unos riesgos cuyo control se mantienen en la esfera de actuación de un tercero. Si el riesgo se realiza y termina aflorando el efecto lesivo, lo relevante ya no es la imputación del mismo, puesto que la misma, desde un punto de vista causal y, también valorativo, le corresponde al tercero que con el riesgo que controla ha afectado a los intereses de la víctima. La trascendencia en estos casos, en los que el sujeto ha aceptado exponerse a unos riesgos ajenos, pero nunca al efecto lesivo, es qué virtualidad tiene el consentimiento para justificar la conducta lesiva que ha sido controlada por el causante, cuando a éste nunca se le ha autorizado la lesión. En estos supuestos, inicialmente antijurídicos y por ello necesitados de un consentimiento suficiente para defender la existencia de una justificación, el causante requiere de una autorización de la víctima que contemple ya no sólo el riesgo al que se somete sino el concreto resultado fruto de ese riesgo. Lo contrario supondría una autorización a la lesión en abstracto que la víctima no ha otorgado cuando el causante sigue manteniendo el control del riesgo que puede derivar en lesión<sup>620</sup>.

---

<sup>619</sup> GIMBERNAT, E. “Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº extraordinario 2 (2004), pags. 75 y ss

<sup>620</sup> Un inversor puede asumir una inversión arriesgada que se realiza y queda en manos del Mercado. Los riesgos son del inversor y el daño es causado en su ámbito de protección, no siéndole atribuibles a quien puso el curso causal de riesgo en funcionamiento. Un inversor puede aceptar una quita, la extinción de su crédito para permitir el mantenimiento de una entidad con la que mantiene una relación comercial duradera tras una información fiable y real de los administradores. La lesión directa en su crédito permite justificar la conducta lesiva. Diferentes de estos supuestos serán los contemplados en aquellos casos en los que el inversor o el acreedor asume un riesgo que sigue controlando un tercero de cuyo curso causal puede resultar el perjuicio. En este sentido, un acreedor puede aceptar financiar a una entidad que está en situación de solvencia muy delicada con el fin de que pueda realizar una inversión de elevada rentabilidad. La financiación y la inversión se controlan por los administradores societarios por lo que esa heteropuesta en peligro puede eliminar la antijuridicidad de la conducta, inicialmente lesiva, si la sociedad no puede devolver el crédito al frustrarse la inversión por ejemplo porque el Mercado ha cambiado su demanda del producto resultado de aquella. En estos casos, el riesgo asumido, controlado por el tercero, que termina convirtiéndose en daño, hace que éste esté justificado. Sin embargo, los términos del consentimiento del riesgo sobre cuyo control se mantiene el causante del daño definitivamente generado no cubrirían aquellos en los que el daño trae fuente de una desviación de ese riesgo inicialmente asumido cuando, además de que el riesgo se aparte del inicialmente autorizado –por ejemplo, el administrador destina el importe, en lugar de a la inversión programada, al pago de unos créditos o a otra inversión inicialmente no prevista- que el control del riesgo se entregue a un tercero distinto del autorizado.

Por otro lado, parece aconsejable dejar ya referido que, en ambos casos, sólo el titular del interés o quien ostente poderes bastantes de representación, puede emitir un consentimiento con validez suficiente para hacer suyos los resultados lesivos de los riesgos realizados que se han asumido o la lesión autorizada. Y en el sentido inverso, atribuir las consecuencias de los riesgos que uno controla a la víctima o actuar conforme a Derecho, al causar un daño en un tercero sólo puede asumirse si el consentimiento lo otorga quien tiene legitimación y capacidad para ello. En ambos casos, lo inicialmente antijurídico se convierte en una conducta conforme a Derecho, bien por la inexistencia de un daño atribuible al ámbito de autotutela de la víctima, bien porque el daño atribuido está justificado normativamente. Debe destacarse que el consentimiento como causa de justificación de un daño esperado siempre es subjetivo y delimita no sólo el ámbito de daños autorizados sino también el ámbito de sujetos que pueden causarlo, por ello, para que opere como causa de justificación en los supuestos de “heteropuesta en peligro consentida” es necesario que quien controla el riesgo, con posibilidad de lesión, sea a quien se consiente el control de aquel riesgo<sup>621</sup>. Lo relevante en los supuestos de heteropuesta en peligro consentida es que los daños sean resultados lesivos previsibles.

En todo caso, en esta materia la regla “volenti non fit inuria” ha de jugar papel preponderante pero debe insertarse debidamente en las estructura de imputación. Así, si el consentimiento afecta a la atribución del daño a la víctima por asunción de los riesgos, todos los efectos lesivos, incluso los inesperados, se deben asumir en su patrimonio ya que le corresponden a su esfera de control. Por el contrario, si estamos en supuestos de heteropuesta en peligro consentida, con control de los riesgos por un tercero, o de consentimiento a la lesión efectiva, sin perjuicio de los problemas que pudieran darse, en especial en este último caso, para la disponibilidad del interés tutelado, el consentimiento sólo cubre los ámbitos esperados o previsibles por la víctima y en el estricto marco de la ponderación de intereses que acarrea toda causa de justificación, conllevando la antijuridicidad cuando el riesgo se desborda del cauce inicialmente autorizado o cuando afecta a lesiones no previstas como resultado de ese riesgo o no expresamente autorizadas. Y, como ya hemos referido, sólo si el interés es disponible por el titular, único legitimado para su disposición y siempre que el mismo pueda serlo.

---

<sup>621</sup> Quien asume subirse a un vehículo con un conductor ébrio acepta un riesgo lesivo mayor de lo habitual pero lo hace siempre respecto de quien controla la conducción. Quien practica un deporte de riesgo, bajo el control de un determinado monitor consiente a este el control del riesgo al que somete sus intereses, siempre que ni monitor ni riesgos se modifiquen de lo establecido en el consentimiento.



Si así es el ordenamiento carece de objetivo alguno para protegerlo ni ex ante ni ex post a través de la indemnización.

Son diferentes los supuestos en los que la propia víctima o bien carece de capacidad para emitir su consentimiento o bien la ley impide que lo emita en determinados supuestos. En ambos casos, la lesión, de producirse, se atribuye a quien pone en el curso causal la fuente de riesgo lesiva o a quien directamente causa el daño. La falta de capacidad en la emisión del consentimiento equivale a la falta de validez del mismo, como instrumento para exonerar al responsable.

Una particular atención requieren aquellos supuestos en los que quien emite la declaración de voluntad no es la víctima sino su representante, quien ostenta una posición de garante de los intereses de la propia víctima. Quien tiene la posición de protector de la víctima no puede dejar el curso causal en manos de aquella y ha de evitar, en cumplimiento de la norma imperativa que le obliga a ello, la protección de los intereses encomendados. Por tanto, en los supuestos de autopuesta en peligro el control del riesgo recae no sólo sobre la víctima, si tiene capacidad para ello, sino sobre el propio garante cuya omisión le puede hacer responsable del daño que únicamente será antijurídico frente a él y no frente a quien puso en funcionamiento el curso causal lesivo. En los supuestos de consentimiento del daño, considerados como causa de justificación, el garante debe evitar la lesión salvo que la misma se localice en el marco de una ponderación de intereses por el que la lesión suponga un menor efecto lesivo, sin que sea aceptable una lesión en virtud de la autonomía de la voluntad, dado el carácter de garante de aquel. Como en el resto de supuestos, mayores complicaciones ostenta el supuesto de la heteropuesta en peligro consentida, de la víctima. En estos casos, la posición del garante no puede autorizar perder el control del riesgo que debe ostentar para cumplir con el mandato, por lo que no puede consentir con validez justificante ningún riesgo sobre el que no pueda intervenir, salvo, al igual que en el supuesto anterior que la asunción de dicho riesgo lesivo implique un efecto beneficioso superior para aquél al que debe proteger, respecto del posible riesgo a sufrir por el daño cuyo control no percibe. De nuevo la ponderación de valores o intereses requerirá la adecuación del consentimiento, sin perjuicio de que como en todos los casos de la responsabilidad del garante, sólo este puede responder si el consentimiento tenía validez en su emisión. La tutela que debe ofrecer quien tiene la obligación implica anteponer la protección a la autonomía de la voluntad, incluso, haciendo valer aquella en contra de la

voluntad de la víctima, si es que esta puede emitir su consentimiento por sí misma, salvo que también le sea posible renunciar a la tutela.

*4. Toma de posición. La antijuridicidad como presupuesto esencial de la obligación indemnizatoria.*

A tenor de los argumentos referidos anteriormente, la antijuridicidad es un elemento esencial en la responsabilidad civil, pero siempre referido al daño, como presupuesto esencial, necesario, aunque no suficiente, para la responsabilidad. El daño convierte a la conducta causal, aquella a la que el resultado lesivo se imputa, en una conducta contraria al ordenamiento, precisamente por el resultado lesivo. No está prohibido gestionar o representar a una sociedad, pero sí lesionarla<sup>622</sup>. El azar puede ser un elemento de la antijuridicidad pero es que el azar es elemento caracterizador de los riesgos lesivos, por lo que, por su propia naturaleza, el riesgo sólo es tal si tienen ese componente de incertidumbre. Por ello, el riesgo es lícito, para la responsabilidad civil, mientras que no se realice y siempre que se desenvuelva para el resto de ordenamiento en el marco normativo de adecuación y conformidad a la legalidad. Cuando el riesgo se realiza en un daño a un interés lesivo, el azar desaparece precisamente por desembocar en la lesión y es ese azar lesivo (esa posibilidad de realizarse) el que convierte y transforma la conducta arriesgada lícita en una posible conducta lesiva ilícita (conducir es lícito a pesar de los riesgos; causar daños al conducir es ilícito no por los riesgos sino por la lesión causada). Ya hemos indicado, y aquí reiteramos que en el ámbito del Derecho Penal, los delitos imprudentes también se someten al azar de que el riesgo desaprobado termine en lesión, pero si este resultado no acontece, aunque el riesgo ya estuviera desaprobado desde su puesta en el curso causal (el administrador asume riesgos de solvencia indebidos; el conductor conduce a 200 km/h) el delito de resultado no existe y, tal y como se configura nuestro Código Penal, la conducta sería atípica, salvo que el ordenamiento contemple otros tipos penales pero ya no por resultado sino de mera actividad por generar riesgos indebidos.

---

<sup>622</sup> PENA LÓPEZ, J.M., “Función, naturaleza y sistema de la responsabilidad aquiliana en el ordenamiento jurídico español...cit., p. 193 afirma que es diferente tener derecho a realizar determinadas acciones y tener derecho a hacer daño ya que no se puede derivar de la permisión de acciones la permisión de daños.

El daño es antijurídico si lesiona cualquier interés protegido. El daño antijurídico convierte en antijurídica la conducta fuente del riesgo lesivo precisamente por causar ese efecto no deseado por el ordenamiento. Esa antijuridicidad puede ser solventada convirtiendo el daño en un resultado conforme a Derecho si existe una causa de justificación cuyo régimen permite a la víctima disponer de su interés (consentimiento) o al causante generar el efecto lesivo (legítima defensa, estado de necesidad y derecho/deber del causante). La existencia de la causa justificada, con las matizaciones que hemos referido sobre el consentimiento, permiten evitar la responsabilidad por la única y lógica razón de que el daño respeta el ordenamiento. Por ello, la víctima o, en su caso, el perjudicado, carece de acción para reclamar indemnización alguna puesto que la tutela otorgada se ha inhibido al ser la lesión un resultado aceptado normativamente.

Se puede definir a la antijuridicidad como la lesión del interés protegido sin una causa de justificación. Con ello se pretende hacer inexorable su definición introduciendo dos elementos en el mismo concepto: daño y antijuridicidad, porque precisamente la segunda sólo califica al primero haciéndolo contrario al ordenamiento, de tal forma que la segunda no integra al determinante y al determinado sino que sólo determina, por ausencias de causas de justificación, si el daño –lesión del interés jurídicamente protegido- es contrario o no al ordenamiento, porque es posible que haya lesiones justificadas, que por lo tanto no serían antijurídicas, aún perjudicando intereses protegidos. De lo contrario, la antijuridicidad sería siempre incondicionalmente cierta y no sería objeto de contradicción, precisamente cuando la antijuridicidad requiere del examen de conformidad con el ordenamiento jurídico y puede ser discutida su validez, puesto que viene a calificar el daño, presupuesto previo que se somete a examen y del que podrá afirmarse o negarse su antijuridicidad. Si el daño es cualquier lesión de cualquier interés, la antijuridicidad no podrá contrastarse sino sólo negar su existencia. Es decir, para el Derecho, el daño imputado, como lesión a un interés protegido, sería un requisito previo y en la responsabilidad objetiva, el único para determinar la existencia de la responsabilidad, salvo que entendamos imprescindible la antijuridicidad. Si la antijuridicidad (A) se refiere a un elemento preexistente –el daño- sin causas de justificación, si hay causas de justificación (NO A) no existirá aquella y, ante la ausencia de las mismas (NO NO A), habrá antijuridicidad (A). Por el contrario si la antijuridicidad (A) integra la lesión del interés jurídicamente protegido y además la ausencia de causas de justificación, cuando estemos en supuestos en que se produce la

ausencia de las mismas (NO NO A) no, necesariamente, implica la antijuridicidad (A), ya que necesitaríamos que existiera una lesión del interés jurídicamente protegido, lo que, en términos lógicos, al insertarlo en la propia definición, produce problemas. La antijuridicidad (A) no existe cuando estamos ante intereses sin protección (NO A), o cuando hay causas de justificación (NO A). Pero como éstas últimas sólo podrían operar si existe el otro término de la definición, si no hay intereses sin protección (NO A), no habría causas de justificación (NO NO A), lo que nos llevaría al absurdo de afirmar la antijuridicidad (A). La construcción lógica declina ante la imposibilidad de convalidar las causas de justificación, si las mismas versan sobre otro elemento de la propia definición de antijuridicidad. El daño es un prius y la antijuridicidad examina la adecuación al ordenamiento, comprobando si existe una causa que lo justifique.

Si el daño es antijurídico, careciéndose de causas de justificación, la responsabilidad del causante, al que se han imputado los resultados lesivos, no tiene porque existir si para que la obligación indemnizatoria nazca es exigida la negligencia y la actuación del causante conlleva la diligencia exigida. Esta última, como ya hemos referido anteriormente, hasta el momento de determinar la antijuridicidad, es irrelevante en la Responsabilidad Civil mientras que en el Derecho Penal (y en el Derecho Sancionador en general) es constitutiva de la conducta cuya antijuridicidad se analiza. En la Responsabilidad Civil, la negligencia ni la hemos necesitado para poder imputar normativamente el daño al causante ni para valorar las causas de justificación que pudieran hacer valer una conformidad de la lesión con el ordenamiento. A diferencia del Derecho Sancionador (bien en el Derecho Penal, bien en el Derecho Administrativo, bien en el Derecho Privado) ni la negligencia, ni tampoco el dolo, son necesarios para realizar la atribución valorativa de un determinado resultado a un sujeto. Como hemos acreditado, en la responsabilidad civil, como respuesta del ordenamiento para tutelar intereses evitando su lesión o, en su caso, reparándola, lo relevante es quien causó el daño normativamente y, por tanto, quien debe soportarlo por no haber evitado ese resultado, con independencia de qué motivación tuviera el causante en su acción lesiva. A diferencia del Derecho Sancionador en que la negligencia que integra el tipo penal es presupuesto de reproche, en la Responsabilidad Civil, lo que se reprocha no es una conducta sino el resultado lesivo contra el que se tutela a la víctima y para dispensar esa protección necesitamos considerar ya como disconforme con el ordenamiento a la conducta lesiva, aunque, como ya hemos referido, la conducta fuera impecable desde un

punto de vista normativo, siempre antes de que el riesgo derivara en daño. La antijuridicidad en la responsabilidad civil no necesita el desvalor inicial de la conducta, puesto que este sólo existe si se causa un daño que no esté justificado, aunque no exista desvalor de la conducta de riesgo por ser adecuada a lo exigido por el ordenamiento, pero el que un riesgo esté autorizado no quiere decir que se autorice el resultado lesivo.

Sirva de argumento de cierre que si aceptamos la omisión como fuente de la responsabilidad civil, y para ello es necesario la existencia de un deber especial de obrar<sup>623</sup> -con independencia de su fuente-, para evitar el resultado lesivo, si éste acontece y el garante pudo haber evitado el resultado lesivo, la antijuridicidad ya no se encuentra sólo en el daño –e indirectamente en la conducta lesiva- sino directamente en la propia conducta omisiva, infractora del deber referido que le exigía actuar. Aquí la antijuridicidad reside ya en el daño (art. 1902 CC) y en la conducta omisiva, que viola el mandato exigido.

## **V. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES PREVIAS**

La Responsabilidad Civil indemnizatoria surgió vinculada al Derecho Sancionador y ha implicado un desvalor de la conducta lesiva desde sus orígenes, sirviendo como alternativa a la venganza, con el fin de permitir cierta satisfacción de las víctimas. Su supeditación a la represión se ha mantenido, en mayor o menor medida, hasta la codificación. Con la etapa codificadora, la responsabilidad civil se desliga definitivamente del Derecho Penal (y sancionador en general) aunque mantiene cierta ligazón a la valoración de la conducta que causa el daño, al exigir el elemento culpa para la condena indemnizatoria, sin perjuicio de contener diversos supuestos que implican el nacimiento de la obligación a indemnizar sin requerir el presupuesto de la culpa. Desde el origen de la responsabilidad civil, hay un presupuesto que no ha modificado su carácter esencial y es la exigencia del daño. Este es el pilar sobre el que pivota toda la institución adquiriendo el carácter de ontológico. La Responsabilidad Civil sólo regula la realidad social en cuanto el actuar humano afecte a los intereses ajenos y, por ello, sólo allí donde pueda causarse un daño a un interés jurídicamente protegido, la institución actuará. No ha existido, en ningún caso, ni existe de lege lata,

---

<sup>623</sup> DÍEZ PICAZO, L., *Derecho de Daños...*cit., p. 290

un régimen de responsabilidad por riesgos, ya que sólo la realización de un resultado lesivo puede derivar en la responsabilidad indemnizatoria, sea por culpa o no.

La regulación decimonónica incluyó en el Código Civil español, siguiendo al ordenamiento francés, a diferencia del alemán, una cláusula de responsabilidad civil de carácter general, configurando un deber de indemnizar todo daño causado, cuando hubiera culpa o negligencia. Esa atipicidad caracteriza nuestro sistema jurídico que exige, inicialmente, la reparación de todo daño imputable a un sujeto. Esto implica una remisión al ordenamiento vigente en cada tiempo, a la protección que dispensa a distintos intereses a los que otorga relevancia jurídica. La caracterización de la responsabilidad civil en el art. 1902 CC, como norma supletoria, del resto del ordenamiento permite una protección contra cualquier daño, siempre que, conforme a lo previsto en el citado precepto, se cumplan los requisitos en él exigidos. La Responsabilidad Civil dispensa una protección a intereses jurídico privados como norma principal y básica de tutela de las relaciones sociales.

A diferencia de la Responsabilidad Civil, el Derecho Sancionador (apoyado dogmáticamente en la teoría del Derecho Penal) se construye bajo la exclusividad del poder del Estado en la delimitación de su régimen y aplicación. Por ello, el principio de tipicidad sostiene el sistema represivo. Las finalidades perseguidas por la sanción son incentivar y motivar conductas con carácter general, instrumentalizando la punición de quien infringe los mandatos y prohibiciones y son las que configuran todo el régimen jurídico del Derecho Sancionador y la estructura de imputación justificando su aplicación sólo allí donde la conducta exigida debería haber sido distinta por la existencia de especiales intereses de protección. El carácter fragmentario derivado de las limitaciones del principio de tipicidad (legalidad y culpabilidad) deja un amplio marco de aplicación a la Responsabilidad Civil como única respuesta jurídica y acentúa la importancia de esta sin que la misma sea por ello un mecanismo de punición.

La responsabilidad civil, de índole indemnizatoria tienen una función tuitiva de intereses jurídico-privados a los que el ordenamiento les dispensa protección en el marco de las relaciones sociales en las que participan esos intereses. Aunque la responsabilidad terminen indemnizando el daño su función no es indemnizar, sino proteger los intereses, cuyo daño justifica la aplicación de las normas de Responsabilidad Civil. Esa función se obtiene, en todo caso, a través de dos

mecanismos de protección: a) la prevención de conductas lesivas, mediante la amenaza de la responsabilidad indemnizatoria; b) la reparación del daño, mediante la condena a la indemnización, que a través de una ficción jurídica, mantiene el interés en su estado previo a la lesión. Lo más relevante de la función referida es que el Derecho despliega los mecanismos de protección en todo caso (sea ex ante o sea ex post facto a la lesión) y ello permite al Derecho ratificar su prohibición de dañar o su mandato de evitar el daño protegiendo, en todo caso, los intereses tutelados.

La utilización de la Responsabilidad Civil sólo con fines preventivo económicos no es viable en nuestro ordenamiento, y creemos que en ningún otro, porque el nacimiento de la obligación indemnizatoria no depende del beneficio del causante ni tampoco de los costes generados para evitar el daño, por lo que utilizar una institución, cuyo objetivo es el de tutelar intereses jurídico privados, a través de la ficción jurídica de una restitución, a cargo de quien no debió causar el daño, para incentivar conductas que maximicen los recursos evidenciaría una enorme distancia entre fines y medios.

El Análisis Económico del Derecho puede, como doctrina, estudiar los fenómenos económicos, como los daños generados por actividades, e incluso puede determinar cómo reducir los costes de los accidentes pero lo que no puede hacer, simultáneamente, es maximizar los recursos sociales y maximizar la protección de las víctimas. Esto último, es, al menos en el derecho español, uno de los pilares de la Responsabilidad Civil, lo que determina la estructura de imputación y justifica la responsabilidad. Por ello, no existe una función preventiva de los costes de los accidentes que pueda justificar, de *lege lata*, una reinterpretación de nuestra regulación. Esta posición economicista sólo puede justificarse en una maximización de la posición del causante, cuya eficiencia económica se justificaría a través de la externalización a las víctimas de los costes de gestión de los riesgos que pueda generar. Esa función sólo podría cumplirse a través de la exigencia de un mecanismo de protección de los causantes, similarmente a como actúa la negligencia como presupuesto de la Responsabilidad civil, y siempre que en todo caso, los costes lesivos sean siempre compensados por una generación de riqueza superior, que se derive de la actividad lesiva. Pero para que se maximice el coste de los accidentes, a través de la responsabilidad civil, la negligencia como “escudo” frente a la obligación indemnizatoria sólo podría justificarse si aquella dependiera, en su imposición, de la acreditación de la rentabilidad de la actividad lesiva frente los daños que genera.

Esta selección de causantes rentables no existe en ningún ordenamiento y, por ello, la Responsabilidad Civil puede instrumentalizarse de manera diversa pero sólo puede maximizar los “accidentes” si existe un criterio no basado en los costes de estos sino en los rendimientos de las actividades causales, lo que, hasta el momento, no se contempla en el art. 1902 CC. ni en otras normas especiales. A ello se añade que, en todos los trabajos de análisis económico de las normas de responsabilidad civil que se realizan, se obvia el supuesto de imputación de las omisiones, cuya caracterización como deberes específicos de actuación en tutela de los intereses protegidos, implican ya una opción del legislador por ratificar, e incluso, aumentar, el ámbito de protección, lo que implica un incremento de los costes. Esto último es un claro mensaje en contra de la maximización de costes como justificación de la institución. La prevención en todo caso, como función institucional, sería a favor del daño y no de los costes generados por la acción lesiva, pero sólo se utiliza como instrumento a favor del fin esencial que es la tutela de los intereses jurídico privados, a los que el legislador ampara.

El reconocimiento de una función tuteladora de los intereses jurídicos protegidos, con carácter general, a través de la ficción jurídica de la indemnización reparadora, a cargo de quien causa el daño permite construir una estructura de imputación, acorde a la legislación vigente, la tutela dispensada y los elementos estructurales comúnmente reconocidos del daño, la acción y la imputación, frente a las construcciones dogmáticas del Derecho Sancionador.

El daño es un elemento esencial en la Responsabilidad Civil, aunque no lo es en el Derecho Sancionador. La Responsabilidad Civil sólo reacciona ante un efecto lesivo en alguno de los intereses jurídicos a los que tutela. O hay daño o ningún análisis procede en esta sede, pero si se produce, por la existencia de la cláusula general y la función de protección, es suficiente para proceder a completar un examen de todos los elementos hasta llegar, en su caso, a la condena a reparar aquél. Por el contrario, en el Derecho Sancionador, el principio de tipicidad limita la actuación del mecanismo punitivo y sólo procede el análisis correspondiente, con independencia de la lesión producida, si la conducta es susceptible, porque se datos todos los elementos exigidos en el tipo, de ser considerada como ilícita. La Responsabilidad Civil actúa ante el menoscabo de cualquier interés protegido, el Derecho Sancionador sólo lo hace cuando la conducta (de resultado o de mera actividad) puede ser subsumida en un tipo previo y no requiere, en los tipos de riesgo, de un resultado lesivo al bien jurídico protegido. La



Responsabilidad Civil requiere proteger intereses jurídico-privados dispersos por todo el ordenamiento, a los que éste les dispensa protección de cualquier naturaleza. Esa específica atención, permite tutelarlos con la cláusula general del art. 1902 CC. El Derecho Sancionador, sin embargo, protege bienes jurídicos, privados o públicos, a través de mandatos o prohibiciones tipificadas. En el Derecho Sancionador, en los tipos de resultado, las categorías de la estructura de imputación se conforma en torno a la tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad. En la Responsabilidad Civil la estructura de imputación se configura en base al daño, la imputación del resultado y, en su caso, la culpabilidad.

La existencia de un daño (lesión de un interés jurídicamente protegido) activa la institución indemnizatoria a fin de determinar a quién imputar el daño. La causalidad fáctica es una pauta inicial pero no suficiente. Para la imputación jurídica, los criterios de imputación objetiva, contruidos en el Derecho Penal, no permiten cumplir los fines de la Responsabilidad Civil puesto que para la imputación del resultado requiere de un análisis previo y enjuiciamiento de la acción desvalorando el riesgo que genera la misma para poder decidir si es posible la atribución jurídica del resultado no deseado. Sin embargo, en la Responsabilidad Civil se efectúa la imputación jurídica en base a la previsibilidad del daño y a la realización en éste del riesgo, lícito o no. No es presupuesto para la imputación jurídica del daño ningún otro requisito, incluyendo la exigible, en su caso, infracción del deber objetivo de cuidado.

En la Responsabilidad Civil, al igual que en el Derecho Sancionador, la omisión de un deber jurídico de actuar es también fuente de responsabilidad. En este caso, por la imprescindible configuración estructural de la conducta omisiva, entendida como cumplimiento de un deber previo que requiere de una capacidad de actuación conforme a la norma, para poder imputar el daño se requieren idénticos elementos de imputación y la imprescindible posición de garante. En la delimitación de la atribución de la condición de garante, las mismas derivan de una aplicación acorde a la conocida, en el ámbito del Derecho Sancionador, teoría de las funciones que implica la existencia de un garante: a) cuando se atribuye la protección específica de unos determinados intereses frente a cualquier riesgo; b) cuando se atribuye la protección a cualquier interés de una lesión que procede una fuente de riesgo determinada. Sólo hay una diferencia en la estructura de imputación, entre el Derecho Sancionador y la Responsabilidad Civil, derivada del riesgo que amenaza el interés o bien jurídico protegido. Si bien en el

primero de los supuestos, la omisión se realiza cuando se incumple el deber de actuar cuando el riesgo que amenaza es ilícito, en la Responsabilidad Civil la omisión del deber ya se realiza y, por tanto, conllevará la imputación del resultado lesivo, aunque el riesgo que se realiza en el daño, sea lícito. La función de protección, en este segundo caso, acentúa el deber y exige la protección incluso frente a riesgos lícitos si el daño era previsible.

En la Responsabilidad Civil, al igual que en el Derecho Sancionador, la antijuridicidad es una categoría necesaria para la atribución de la condena prevista. La antijuridicidad pende del reproche del resultado que condiciona el desvalor de la acción causal y se condiciona en normas primarias de mandato que obligan a no dañar a todos los intereses jurídicos protegidos, deducidas de la existencia de la norma secundaria contenida en el art. 1902 CC y en todas aquellas normas que dispensan protección en todo el ordenamiento jurídico a esos intereses. En el supuesto específico de las omisiones imputables a quien ostenta posición de garante, la antijuridicidad reside en el violación del deber de actuar que le es exigido siempre que le sea imputable el daño del interés protegido.

La exigencia de la antijuridicidad en la Responsabilidad Civil implica la posibilidad de causar daños, ser imputados, pero no, necesariamente, tener que responder de ellos si es que se diera la existencia de causas de justificación, siendo aplicables como tal las causas previstas en el Derecho Sancionador (legítima defensa, estado de necesidad, cumplimiento de un deber, ejercicio de un derecho o el consentimiento de la víctima) que se aplican como instrumentos que permiten el efecto lesivo. El consentimiento en el Derecho Sancionador opera fundamentalmente en sede de tipicidad, aunque también se defiende que lo hace en la antijuridicidad, cuando la actuación contra la voluntad del titular del bien jurídico protegido es elemento del tipo o cuando el bien jurídico sea disponible por su titular. Por el contrario, los bienes de naturaleza colectiva o supraindividuales no lo son por la imposibilidad de disposición privada e individual. En la Responsabilidad Civil, el consentimiento opera en todos aquellos casos en los que el sujeto, como titular del interés jurídicamente protegido (salvo que el ordenamiento impida su disponibilidad) autoriza someter a determinados riesgos lesivos a aquellos intereses. En estos casos, incluyendo los supuestos de autopuesta en peligro por la víctima, determinan una afectación de la imputación del daño que al asumir el riesgo lesivo conllevan imputarlo a la propia víctima. Diferentes

son los supuestos en los que el consentimiento se otorga a la lesión efectiva del interés, puesto que para que dicha lesión sea aceptada necesita una mayor concreción en ese consentimiento por lo que la misma sólo es aceptado si el daño se imputa previamente. La antijuridicidad se quiebra en estos supuestos porque el sujeto al que se le imputa jurídicamente el daño estaba autorizado a causarlo, surgiendo efectos similares a la causa de justificación consistente en el ejercicio de un derecho. En los complejos supuestos de heteropuesta en peligro consentida, el consentimiento sólo puede ser relevante en sede de antijuridicidad, como causa de justificación, dado que el causante mantiene el control del riesgo hasta el final. Por ello, el consentimiento no ha de ir referido a un riesgo, controlado por el causante, sino a la efectiva lesión que puede derivarse de él.

Procede, tras estas recapitulaciones de las distintas tesis avanzadas en este trabajo y las conclusiones previas efectuadas, establecer en la segunda parte qué estructuras de imputación son las adecuadas para soportar las responsabilidades, de los administradores de sociedades de capital. La naturaleza y su régimen jurídico derivarán, obviamente, de cómo delimite el legislador sus elementos en la norma que las crea, lo que exigirá un régimen de interpretación de las mismas para ver su adecuación al Derecho Sancionador o a la Responsabilidad Civil, sin que para ello puedan afectar los problemas de integración que pudieran derivar de una regulación deficiente, puesto que justamente, el propósito de nuestro trabajo es establecer un molde en el que poder ubicar las responsabilidades que cree el legislador, a través de una interpretación de la regulación conforme a las estructuras de imputación referidas. Solventada la identificación de la correspondiente institución, lo que procederá, en su caso, es integrar su régimen a partir del modelo de responsabilidad del que proceda, según cuál haya sido la ubicación dogmática realizada.

## **SEGUNDA PARTE**

### **DELIMITACIÓN DE LAS RESPONSABILIDADES DE LOS ADMINISTRADORES EN LAS SOCIEDADES DE CAPITAL.**



## **VI. LA RESPONSABILIDAD INDEMNIZATORIA DE LOS ADMINISTRADORES.**

### **A. La estructura de imputación. Remisión.**

La estructura de imputación propuesta en nuestra primera parte para la responsabilidad civil basada en la exigencia del daño, como elemento de imputación fundamental (causalidad, previsibilidad objetiva, realización del riesgo controlado y, ante la exigencia legal, negligencia) permite, una reconstrucción de la responsabilidad civil de los administradores en las sociedades de capital, que facilita solventar algunos de los problemas que han venido aflorando en la práctica societaria y que, doctrina y jurisprudencia, han solucionado de manera casuística a través de la creación de grupos de casos homogéneos. Es muy destacable que en las estructuras de imputación del resultado, este no sólo se atribuye normativamente a quien ha actuado en el proceso causal, sino que también lo hace a quien teniendo el deber de evitarlo, por tener una función de protección del interés lesionado por un curso causal ajeno -aún derivado de un riesgo lícito-, no actuó enervando el menoscabo. La posible existencia de dos normas de protección (prohibición de dañar y mandato de evitar daño) exige dos estructuras de imputación que han quedado configuradas en la primera parte de este trabajo. Obviamente, las mismas, en especial la derivada de la causación, se han configurado conforme a la finalidad tuitiva que hemos atribuido a la responsabilidad civil, y es la que guía también la parte de la tesis aquí desarrollada.

Sin perjuicio de lo anterior, lo que también nos permite la reconstrucción efectuada sobre la configuración de la responsabilidad civil es delimitar los ámbitos de aplicación de las distintas responsabilidades que se contemplan, en el ámbito jurídico-privado, para los administradores societarios, excluyendo del ámbito de la responsabilidad civil aquellos supuestos que contuvieran elementos que contradicen la estructura básica que se exige, como también aquellas conductas a las que la imposición de una consecuencia jurídica no va ligada a un resultado lesivo generado por la conducta analizada, o los supuestos en los que una consecuencia jurídica es independiente del resultado lesivo exigido para considerar realizar un reproche a la conducta.

Con carácter previo al análisis específico de los supuestos de responsabilidad por deudas ajenas y de responsabilidad concursal corresponde, con carácter previo, efectuar un breve análisis de los aspectos más complejos que plantea, en sede de responsabilidad indemnizatoria, la aplicación de la estructura de imputación que para las responsabilidades de esta índole se han planteado respecto de los administradores sociales. A estos efectos, conviene advertir que nuestro examen no trata de los específicos deberes de los administradores, cuya violación, en su caso, generaría responsabilidad sino de la aplicación de ésta cuando la actuación de aquellos ha causado daño, para lo cuál la infracción de los deberes correspondientes se tendrá en cuenta en el marco en la justificación de la aplicación de la responsabilidad, alojando dicho incumplimiento en el lugar estructural que le corresponde, que es en sede de negligencia. El afirmar que un administrador ha incumplido un deber no conlleva, necesariamente, el poder sostener que exista la obligación de indemnizar un daño conectado causalmente con esa infracción, pero lo que sí debe afirmarse es que esa obligación necesita, en una responsabilidad por culpa, como la establecida para los administradores, de dos deberes violados, primero el de no dañar, sin justificación y, en segundo lugar, el de hacerlo sin respetar el deber objetivo de cuidado. El análisis de qué deberes de diligencia tienen los administradores y cuando se entienden infringidos no es objeto de este trabajo. Es así que un deber puede extender o reducir su ámbito de exigibilidad de una conducta, se puede convertir en dispositivo o incluso puede ser suprimido legalmente, sin que por ello se modifique la construcción pretendida. Tendremos, en su caso, un deber atenuado, agravado, dispensado o suprimido y con ello se afectará a la concreta o efectiva responsabilidad de los administradores, pero no al régimen de responsabilidad. Lo que nos interesa es encajar el régimen de responsabilidad de estos supuestos en las estructuras de imputación referidas en la primera parte, a efectos de solventar determinadas cuestiones que puedan presentarse. Para ello, analizamos los problemas mas destacables.

## **B. Revisión de algunos supuestos complejos.**

### *1. La relación entre la imputación, la antijuridicidad y la culpabilidad.*

Los problemas que generan estas tres categorías en la teoría general de la responsabilidad civil ya fueron puestos de manifiesto con anterioridad, en la primera parte. Sin embargo, en esta sede procede determinar las relaciones entre ellas respecto de la responsabilidad civil de los administradores, cuya dificultad se acentúa por la redacción legal de los preceptos que regulan esta materia en la LSC. En este sentido, conviene recordar que sólo puede ser antijurídica, en y para la Responsabilidad Civil, aquella conducta causal, a la que se imputa jurídicamente un daño previsible como fruto de un riesgo, lícito o no, que controla el administrador. Esa antijuridicidad deriva de la atribución de ese daño y de la no justificación de este último. Carece de relevancia, en esta fase, la posible violación de deberes de cuidado exigibles al administrador y, por supuesto, tampoco tiene trascendencia su actuación orgánica como justificante para convertir lo antijurídico en conforme a Derecho o para desvincularles del efectivo daño que se les imputa por su causación física e imputación jurídica.

La doctrina se muestra conforme en entender que la existencia de un precepto como el art. 241 LSC, que afirma, tras regular la acción derivada de los daños a la sociedad, que “Quedan a salvo las acciones de indemnización que puedan corresponder a los socios y a los terceros por actos de administradores que lesionen directamente los intereses de aquellos.” es cuando menos una norma que evita el riesgo de que se interprete el régimen de responsabilidad frente a la sociedad como un criterio para justificar, a contrario, que no responde frente a terceros<sup>624</sup>. La existencia de esta norma, indica la plena responsabilidad del administrador, aún actuando en representación de la sociedad, con independencia de que se considere con naturaleza declarativa y de remisión al régimen de la cláusula general prevista en el art. 1902 CC<sup>625</sup>, o de naturaleza constitutiva de un régimen específico, de responsabilidad de los administradores frente a terceros, que está basado en su actividad orgánica<sup>626</sup>. La responsabilidad se delimita por su actuación causal directa sobre el daño, si este le es imputado y carecemos de causa de justificación, con independencia de cuáles sean sus deberes como administrador puesto, que el contenido de éstos, no permite desvirtuar su

---

<sup>624</sup> ALFARO ÁGUILA REAL, J., “La llamada acción individual de responsabilidad contra los administradores sociales”, en *RdS* núm. 18, 2002, p. 50 y ss; ALFARO ÁGUILA REAL, J., “La llamada acción individual de responsabilidad o responsabilidad “externa” de los administradores sociales” en *Indret.com*, enero 2007, p. 4 y ss.; ESTEBAN VELASCO, G., “La acción individual de responsabilidad” en VVAA., *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, Rojo; Beltrán (dirs.), Valencia 2013, 5ª ed., p. 171 y ss.

<sup>625</sup> ALFARO ÁGUILA REAL, J., “La llamada acción individual de responsabilidad o responsabilidad “externa” de los administradores sociales...cit., p., 4 y ss

<sup>626</sup> ESTEBAN VELASCO, G., “La acción individual de responsabilidad...cit., p. 167 y ss.



responsabilidad frente a los terceros cuyos intereses han sido lesionados. El administrador genera daños antijurídicos como cualquier otro sujeto, aún actuando en su posición orgánica, si le es imputado un daño y no tiene justificación para ello. La existencia de los deberes delimitará su ámbito de diligencia en su actuación, configurando el modelo del deber objetivo de cuidado frente a aquellos respecto de los que actúe como administrador, pero sin que esta cuestión pueda ser oponible a todos los que con él se relacionen al margen de dicha relación, aunque, insistamos en ello, el administrador, cause el daño en sus funciones orgánicas. En este sentido, y respecto de las responsabilidades derivadas de imputaciones de daños por iter causales controlados por el administrador, el administrador es un individuo cualquiera y, con ello, debe asumir su rol y sus deberes. Muy diferente son los supuestos en los que el administrador adquiere deberes de protección frente a terceros por ser precisamente representante orgánico de la sociedad. Su posición, como titular orgánico, determina la existencia del nacimiento de determinados deberes de cuidado frente a terceros. Pero en estos supuestos, ya no estamos ante cursos causales propios, controlados, que pueden derivar en daños por los riesgos a los que se expone a terceros, sino en cursos causales ajenos, controlables por el administrador. Es decir, en el ámbito de las omisiones derivadas de la posición de garante que se les asigna, precisamente, al integrar la posición orgánica, como titular del poder que dimana al asumir ese rol y las competencias que el mismo le otorgan (así el administrador ha de controlar, frente a los terceros, los riesgos derivados de las actividades desarrolladas por la sociedad).

Son los deberes de garante, que derivan de la posición orgánica que ocupan, los que configuran su régimen de responsabilidad orgánica frente a terceros. Pero de esos deberes, derivados de ese rol, no se configura un régimen distinto frente a los terceros cuando el administrador controla el riesgo activamente, que termina realizándose en el daño, salvo que el mismo fuera imprevisible. No obstante, es evidente que si el administrador gestiona empresas de las que sea titular la sociedad que administra, el deber de diligencia aplicable sería el del ordenado empresario, recayendo la responsabilidad sobre él personalmente. Y la existencia de ese parámetro de diligente actuar, genera a su vez la confianza, en los terceros con los que la sociedad y el propio administrador se relacionan, de que este último actuará conforme a lo ordenado en ese modelo de deber de cuidado, implicando una afectación, en su caso, de la diligencia exigible.

Se puede afirmar que el art 241 LSC es una norma de remisión al régimen general de la Responsabilidad Civil previsto en el art. 1902 CC, careciendo de mayor virtualidad respecto de los daños atribuidos por actuación directa del administrador. Por el contrario, el reconocimiento en sede societaria de un precepto como el art. 241 LSC es una norma constitutiva de la posición de garante del administrador frente a los intereses de socios y de terceros. Bajo esta premisa y afirmada la posición de garante de intereses respecto de la sociedad (ha de proteger a un sujeto determinado, la sociedad, de todo riesgo que la amenace), el administrador se encuentra, también, frente a cualquier sujeto, con una posición de garante de una fuente de riesgo determinada, derivada de la actividad externa de la sociedad (delimitada habitualmente en el marco de las actividades empresariales que desarrolle). Esta situación plantea, en el administrador la existencia de un conflicto de deberes que, como omitente, legitima su actuación bajo el ámbito justificativo y permite, al amparo del ordenamiento, no evitar daños de manera justificada siempre que el ordenamiento no tutele de manera superior un deber en detrimento de otro. Es así, que el administrador debe gestionar el patrimonio social para la búsqueda de la rentabilidad delimitada en el fin social a costa de posibles perjuicios para los terceros, salvo que las normas que regulan la actividad societaria, cuyo control de riesgos ostenta el administrador, como garante, establezcan comportamientos imperativos para este, aún en perjuicio de la propia sociedad. Y es esa señalada imperatividad normativa la que obliga al administrador a desequilibrar el conflicto de deberes genérico que ostenta, en favor del deber añadido que implique la norma (prevención de riesgos laborales que suponen costes añadidos para la sociedad; deberes preconcursales que puedan acarrear la entrada en el concurso de la sociedad; determinados cumplimientos contractuales de la sociedad con los acreedores que implican nuevos costes; específicos deberes de atención a los socios en perjuicio de la sociedad –reducciones patrimoniales societarias previo acuerdo de la sociedad; acuerdos disolutorios sin causa disolutoria-, etc.). En estos supuestos, el administrador que sigue ostentando un deber de garante de protección de los intereses societarios, ha de cesar en estos frente al exigible cumplimiento de la norma que impone la observancia de un deber específico cuya finalidad es la protección de determinados intereses, que son diferentes del social, (integridad física para los trabajadores; solvencia de la sociedad frente a los acreedores; intereses económicos de los socios, respectivamente, etc.). En estos supuestos, la causa de justificación, que pudiera derivarse del conflicto de deberes, queda enervada y determina que la omisión del deber exigido constituye un

incumplimiento de la actuación requerida y, consiguientemente, de haber existido capacidad de acción en el administrador, la determinación de la imputación del daño a este último y la responsabilidad solidaria frente al tercero o el socio perjudicado.

Se puede concluir que el administrador adquiere determinados deberes de garante frente los socios y terceros que se compensan con los deberes que tienen frente a la sociedad, justificando el incumplimiento de aquellos por el conflicto existente, mientras no exista una norma no ya habilitante sino vinculante que contenga mandatos dirigidos a proteger determinados intereses de los socios o terceros, que vinculan no sólo a la sociedad (que deberá cumplir como parte directamente vinculada por la norma imperativa) sino también al administrador que es quien controla la fuente de riesgo que implica la actividad societaria para terceros. En ese aspecto, la imputación del resultado dañoso, en las conductas lesivas causales de los administradores, cuando a estos se les imputa el daño, integrarían la fase de imputación, la cuál, como ya referimos, está al margen de la licitud o no del riesgo que termina realizándose en el daño. La existencia de la antijuridicidad no ha sido aún analizada y, por ello, no conviene anticipar un juicio al respecto, en función de la existencia de una violación de deberes específicamente asignados a aquellos, que no deben enjuiciarse en esta fase, puesto que podrían provocar errores en la debida condena. Así, por ejemplo, si el administrador de una sociedad decide la resolución contractual unilateral e imprevista con un proveedor que mantiene dependencia económica con la sociedad y que le lleva a una situación de insolvencia y posterior liquidación, la imputación del daño al administrador es innegable. Es la decisión, expresa y autónoma, de gestión, la que genera el efecto lesivo. Pero este daño parece encontrarse suficientemente justificado, salvo determinados supuestos, en el marco del ejercicio de los derechos del administrador como titular del poder de representación de la sociedad. La licitud del perjuicio (la lesividad en el patrimonio del proveedor) permite afirmar la licitud de la conducta, con independencia de que dicha gestión sufriera severos reproches en una valoración como diligencia debida. Tal y como ya indicamos en la primera parte del trabajo, la antijuridicidad ya se predica de la causación de un daño no justificado. Es éste el que convierte a la conducta en ilícita, aunque el riesgo en el que aquella venía desenvolviéndose la hacía inicialmente lícita. La consideración de una actividad como lícita no legitima, inicialmente, la causación de daños.

La jurisprudencia, en múltiples ocasiones, viene a confundir la negligencia, con la imputabilidad de daños, cuando estos no pueden determinarse como inicialmente imputables a los administradores, puesto que el efecto lesivo proviene de la actividad societaria<sup>627</sup> (no hay actuación decisiva de los administradores) y no existían especiales deberes de garante frente al acreedor. Del mismo modo, también se imputa habitualmente afirmando criterios de antijuridicidad basados en incumplimientos de deberes de diligencia<sup>628</sup>, lo que puede solventar el caso concreto pero evita realizar el juicio previo de imputación del daño al administrador, oscurecido bajo el manto de la ilicitud de la conducta, cuando, como hemos dicho, la ilicitud de una conducta, por violar un deber exigible determinado como, por ejemplo, es el incumplimiento grave en la llevanza de la contabilidad, implica una falta de diligencia pero ni determina la imputación, ni necesariamente esta supondría la antijuridicidad. Así, por ejemplo, incumplir el deber de llevanza de la contabilidad no debe generar responsabilidad civil si el acreedor concede crédito porque obtiene otras garantías –siéndole irrelevante la

---

<sup>627</sup> Por ejemplo STS (S. 1ª) 28.05.05- Id Cendoj: 28079110012005100394 “Tal responsabilidad es de carácter subjetivo, deriva de la falta de diligencia en el desempeño del cargo de administrador (así, sentencias de 24 de diciembre de 2002 y 18 de septiembre de 2003 ) y requiere la prueba "no sólo de la acción u omisión dolosa o culposa del administrador y el daño causado, sino también del nexo causal entre ambos", como reitera la sentencia de 25 de febrero de 2002 , que se corresponde con la llamada responsabilidad extracontractual, como dice la sentencia de 14 de noviembre de 2002 : "es necesario que se cumplan los supuestos exigidos en el artículo 1902 del Código civil para poder exigir esta clase de responsabilidad extracontractuales"; y añade la de 6 de marzo de 2003 que esta "acción no es de responsabilidad por deuda, sino resarcitoria de daño, por lo que no nacería con el mero incumplimiento contractual...". Las sentencias de instancia han negado explícitamente la falta de diligencia de los administradores, han resaltado la crisis económica que fue causa del impago, del que deduce la sociedad demandante la negligencia y han negado también la falta de relación de causalidad entre la actuación de los mismos y del daño sufrido por tal impago a dicha sociedad”. Como afirma, sobre esta resolución, ALFARO ÁGUILA REAL, J., La llamada acción individual de responsabilidad o responsabilidad “externa” de los administradores sociales” ...cit., p. 6, nota 7, “bastaría con que el administrador hubiese desempeñado su cargo de forma negligente (por ejemplo, hubiera podido evitar la insolvencia de la sociedad) para hacerle responsable frente al tercero”.

<sup>628</sup> STS (S. 1ª) 22.12.14 - Id Cendoj: 28079110012014100734 “la conducta de los administradores respecto de la que se exige responsabilidad constituye un incumplimiento grave de los deberes relativos a la llevanza de la contabilidad y a la formulación de las cuentas anuales, que, conforme a las exigencias generales previstas en el art. 34.2 Ccom , deben mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa. En realidad, no se cuestiona la conducta ilícita en cuanto ha quedado acreditado en la instancia que la propia sociedad procedió, antes de solicitar su concurso de acreedores en julio de 2005, a realizar ajustes contables por un importe total de 13.556.354 euros, que correspondían a regularización de existencias, saneamiento de gastos, descuentos sobre compras, saneamiento de elementos del inmovilizado, litigios laborales y desactivación de un crédito fiscal. De estas regularizaciones, 8.962.095 euros correspondían a los ejercicios anteriores al cerrado a 31 de marzo de 2005. El daño sufrido por los acreedores demandantes, que suministraron sus productos para la campaña de Navidad 2004/2005, y en concreto por el impago parcial de sus créditos, es un perjuicio directo en la medida en que, como se afirma en la doctrina, la conducta ilícita de los administradores les haya llevado a confiar en la situación patrimonial aparente y a seguir contratando sin recabar especiales garantías para prevenir del riesgo de incumplimiento de la sociedad”. Véanse los comentarios sobre esta sentencia de MARÍN DE LA BÁRCENA, F., Deberes de contabilidad y acción individual de responsabilidad (STS 1ª de 22 de diciembre de 2014)” *RdS* núm 44, 2015, p. 341 y ss.

situación patrimonial de la sociedad- previendo la insolvencia final, o porque conoce la situación de irregularidad de ese deber y percibe un precio extra por sus servicios al asumir el riesgo de que la sociedad pueda, en un futuro, no encontrarse en situación solvente. En ambos casos, si el crédito no se abona, no hay responsabilidad de los administradores. En el primer caso, porque existe una situación de consentimiento justificante al efecto lesivo derivado de la insolvencia, compensado con la obtención de las garantías personales obtenidas. Y en el segundo, porque es el acreedor el que ha asumido el riesgo de impago y por tanto se autoimputa la posible realización de ese riesgo. Pero en ambos casos, la ilicitud de la conducta se mantiene. Buscar la ilicitud de la conducta para justificar la imputación del daño es manejarse en terreno del desvalor de acción, en sí mismo y eso corresponde hacerlo en el Derecho Sancionador. Es así, que la jurisprudencia utiliza, en algunas ocasiones, criterios de reproche a la conducta y luego prueba a efectuar la causalidad del daño para ver si procede la responsabilidad civil. Sencillamente ésto no es posible si lo que pretendemos es tutelar intereses ex ante y ex post, ya que con una sistemática como la que utilizan sólo condenamos porque reprochamos al autor. En este sentido, se afirma que<sup>629</sup>

“La conducta a la que se pretende imputar la responsabilidad por la causación de un daño, en este caso la pérdida significativa de una inversión, debe ser contraria a la Ley o a los estatutos, o constituir un incumplimiento de deberes inherentes al desempeño del cargo, como precisa el art. 133.1 LSA , y, además, es preciso que podamos atribuirle la causalidad del daño”.

En este proceso lógico, exigir el incumplimiento como requisito apriorístico para la imputación del resultado, tal y como se afirma con la expresión “causación de un daño”, implica negarse a imputarlo y ver si ese daño es, de por sí, ya antijurídico. Con esas construcciones se puede terminar afirmando, como hace la misma resolución, que:

“La sentencia no confunde la relación de causalidad con el requisito de la conducta negligente. Se entiende que desde el momento en que la actuación de los administradores no era contraria a la ley ni a los estatutos, sólo podía ser calificada de antijurídica si no se ajustaba «al estándar o patrón de diligencia exigible a un ordenado empresario y a un representante leal»”.

Y con ello se sitúa la antijuridicidad en sede de culpabilidad, obviando que el daño es en sí un efecto contra ius. No asumiendo esta construcción provoca, en ocasiones, confusiones innecesarias en la aplicación del Derecho porque, a nuestro

---

<sup>629</sup> STS (S 1ª) 26.12.14 - Id Cendoj: 28079110012014100735

juicio la ilicitud ya se encuentra en los riesgos lesivos<sup>630</sup>, cuando no hay justificación para su causación.

Si las categorías no se tienen en cuenta y se sigue un criterio intuitivo en la resolución del supuesto, se terminan generando problemas artificiales. En este sentido se ha afirmado que en la responsabilidad de los administradores se “colapsan” el estándar de diligencia y el estándar de revisión, que se identifican con la antijuridicidad de la conducta y la culpabilidad. Este problema se describe como el que acontece en aquellos supuestos en la conducta no es contraria a la Ley o a los Estatutos pero constituye un incumplimiento del deber de diligencia<sup>631</sup>. Si uno repara en el supuesto “colapso” apreciará que el mismo no existe. El que uno cumpla una norma de diligencia no puede implicar que su actuación sea conforme a Derecho si ha generado daños. Esa conducta no será sancionada pero tampoco está autorizada. Cumplir con la diligencia debida no hace de tu acción lesiva una conducta adecuada a las relaciones sociales, sino que únicamente te puede exonerar de responder de los daños generados. Cumplir con los deberes legales y estatutarios pero incumplir tu deber de diligencia te convierte en un sujeto negligente, pero no por ello responsable de cualquier daño.

En este sentido, la redacción del art. 236.1 LSC genera mayor confusión que protección. Este precepto establece que los administradores responderán “del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa” y concluye con un párrafo segundo estableciendo que “La culpabilidad se presumirá, salvo prueba en contrario, cuando el acto sea contrario a la ley o a los estatutos sociales.”. Por lo tanto, ha establecido un doble criterio limitativo, que es incoherente con una sistemática apropiada. En primer lugar, si se violan los

---

<sup>630</sup> La jurisprudencia entiende «que para dar lugar a la responsabilidad prevista en el mismo ( art. 133.1 LSA ) es precisa la concurrencia de los siguientes requisitos: un comportamiento activo o pasivo desplegado por los administradores; que tal comportamiento sea imputable al órgano de administración en cuanto tal; que la conducta del administrador sea antijurídica por infringir la Ley, los estatutos o no ajustarse al estándar o patrón de diligencia exigible a un ordenado empresario y a un representante leal; que la sociedad sufra un 10 daño; y que exista relación de causalidad entre el actuar del administrador y el daño» ( Sentencia 391/2012, de 25 de junio , con cita de las anteriores sentencias 760/2011, de 4 denoviembre , y 477/2010, de 22 de julio ).

<sup>631</sup> ALFARO, J., “Business judgment rule: sesgo retrospectivo y antijuricidad y culpabilidad de la conducta de los administradores”, en <http://derechomercantilesmana.blogspot.com.es/2015/02/business-judgment-rule-sesgo.html> 25 de febrero de 2015. Cita el autor como fuente de esta posición a EISENBERG. El trabajo al que debe referirse este autor es EISENBERG, M.A., “The Divergence of Standards of Conduct and Standards of Review in Corporate Law”, Fordham Law Review, volumen 62, Issue 3, 1993, pags. 437 y ss., disponible en <http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3064&context=flr>

deberes legales o estatutarios, se presume que se hace culpablemente y, por tanto, si no se infringen con negligencia no se respondería. En este caso parece que habría antijuridicidad pero no culpabilidad, aunque no sabemos entonces si causar un daño, violando una Ley puede ser considerado diligente, siempre que la imputación jurídica vaya ligada a una conducta que en sí misma ya era ilícita. En una construcción sancionadora, no cabría ya la exoneración salvo que la violación de la norma estuviera justificada o que el sujeto fuera inimputable. Y en el otro supuesto, se establece que habrá responsabilidad por incumplir los deberes inherentes al cargo, también siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa. En términos generales, en una imputación objetiva, el desvalor de acción ya está en el riesgo ilícito que aquí sería “incumplir los deberes inherentes al cargo”. Y si el desvalor ya está en ese elemento que coadyuva a imputar el resultado, si este es la realización del riesgo ilícito, no existe razón alguna para volver a traer la culpa, inserta, por ser objetiva en sede de imputación. Se podrá probar una causa de justificación para el incumplimiento de los deberes pero no la ausencia de culpa, ya que esta se aprecia con carácter objetivo. Mucho más adecuada parecía la redacción del dada a dicho precepto por la Comisión de Expertos<sup>632</sup> que en relación con el segundo párrafo del art. 236.1 establecía “La culpabilidad se presumirá una vez que se haya probado la ilicitud de la conducta”. En estos casos, la culpabilidad quedaba alojada sistemáticamente tras la antijuridicidad, lo que implicaba un mecanismo protector a favor de los perjudicados por el que, imputado el daño y delimitada su ilicitud, únicamente quedaba por acreditar la culpabilidad, sobre la que se invertía la prueba. Con la redacción vigente, no sabemos si es posible que existan supuestos lícitos pero culpables que generen responsabilidad, lo que puede aceptarse pero no, desde luego, en el marco de la responsabilidad civil, salvo que entendamos que los actos incumpliendo los deberes inherentes al cargo son también ilícitos, pero sobre ellos ya recae la obligación de acreditar la culpabilidad. Se aceptarían así incumplimientos diligentes de los deberes inherentes al cargo, que no sabemos identificar como lícitos o no.

El examen, para llegar a la determinación de la responsabilidad civil ha de seguir el proceso adecuado, tratando de delimitar adecuadamente cada una de las fases de imputación, porque de lo contrario se corre el riesgo de hacer responsable a quien es

---

<sup>632</sup> Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo, “Estudio sobre propuestas de modificaciones normativas”, Madrid, 14 de octubre de 2013, p.

sólo negligente o de exonerar a quien no causa daños pero no los evita, teniendo un deber especial de actuar.

## 2. *El consentimiento en los daños societarios.*

El art. 236.2 LSC establece que “En ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general”. La interpretación más acorde con el texto de la Ley entiende que la norma viene a establecer una independencia de los administradores para no realizar impunemente actos ilícitos, con efectos lesivos para la sociedad<sup>633</sup>, aún existiendo un acuerdo de la sociedad que pudiera autorizarlo o que sanara aquella lesión. Se defiende con esta afirmación, que lo que dice la Ley es que la actuación de la junta general no exonera de culpa y con ello de responsabilidad a los administradores. Sin perjuicio de que, como se verá, a continuación el problema no es de culpa, sino de imputación del daño o, en su caso, de antijuridicidad, el sistema societario referido implica, como ya se ha afirmado, una excepción a la regla general que determina que el gestor no responde si sigue las instrucciones del principal contemplada en el art. 254 CCom.<sup>634</sup>, lo que no acontece con los administradores, en virtud del art. 236.2 LSC, que no pueden quedar exonerados, frente a la sociedad, aunque cumplan con las instrucciones dadas por la junta general. Por ello, los administradores tendrán que afectar su patrimonio a la responsabilidad correspondiente aún existiendo un acuerdo de la Junta General que autorizara o ratificara la actuación del administrador. Problema especialmente sensible, a la vista de las nuevas competencias otorgadas a la junta general (arts. 160 y 161 LSC), por la reforma de la LSC, mediante la Ley 31/2014. Por ello, parece que los administradores, aún debiendo cumplir, inicialmente, los mandatos expresados por la Junta General deben evitar que los mismos sean lesivos para la sociedad lo que motivará la existencia de una negativa a la ejecución del acuerdo. En este sentido, lo que se persigue es evitar que los administradores busquen una exención provocando o proponiendo la autorización a la junta de sus actos lesivos<sup>635</sup>

---

<sup>633</sup> SÁNCHEZ CALEERO, F., *Los Administradores en las Sociedades de Capital*, Cizur Menor (Navarra) 2007, 2ª ed., p. 333

<sup>634</sup> JUSTE MENCIA, J., “Art. 236. Presupuestos y extensión subjetiva de la responsabilidad”, en VVAA, *Comentario de la Reforma del Régimen de las Sociedades de Capital en Materia de Gobierno Corporativo (Ley 31/2014)*, Juste Mencía (coord.), Cizur Menor (Navarra) 2015, p. 451.

<sup>635</sup> VALPUESTA, E., *Comentarios a la Ley de Sociedades de Capital*, Madrid 2015, p. 653.



La evitación de la exoneración referida atañe al derecho de la sociedad e implica la imposibilidad de autorizar la acción lesiva de los administradores, que seguirá siendo, en su caso, antijurídica aunque la misma derive de un acuerdo unánime de los socios, legitimando no sólo a éstos -que actuarían ejercitando las acciones de la sociedad-, sino también a los socios que pudieran adquirir las acciones con posterioridad<sup>636</sup>, así como a los acreedores e incluso, en caso de una declaración de concurso posterior, a la administración concursal. Por ello, y en protección del patrimonio social, no parece que la norma sea inadecuada aunque se fuerce a los administradores a no ejecutar actos encomendados, cuando el resultado puede ser dañoso y conlleva posibilidades de incidir en responsabilidad, por incurrirse en violación del deber objetivo de cuidado<sup>637</sup>.

Se ha afirmado la posibilidad de que, si el acto de los administradores es una ejecución que deriva de un acuerdo adoptado por la Junta, se generaría el problema de determinar la relación causal del efecto lesivo con el acto que lo genera, obligando a

---

<sup>636</sup> Así el supuesto previsto en la la STS (S 1ª) 20.07.10 - Id Cendoj: 28079110012010100540 que en relación con una acción social ejercitada por unos socios que adquirieron tal condición con posterioridad a la existencia de un acuerdo unánime de autorización de un acto lesivo, afirma la no exoneración de los administradores ya que "Se refieren las recurrentes, en primer término, al apartado 3 del artículo 133 en la redacción vigente en la fecha, conforme al que " en ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general". Afirmar en este motivo que el Tribunal de apelación no había tenido en cuenta esta norma, pese a ser aplicable al caso. Al respecto, en la sentencia recurrida se declaró que la totalidad de los accionistas de Crimidesa, SA, reunidos en junta el siete de abril de mil novecientos noventa y nueve, autorizaron, a las catorce horas y treinta minutos y ratificaron, a las diecinueve horas, el cambio de accionariado - esto es, los contratos que lo generaron - causado unos días antes, como contraprestación, por las atribuciones patrimoniales efectuadas 10 a título de remuneraciones extraordinarias y a favor del consejero delegado, del secretario del consejo y del director financiero de la sociedad. La relatada fue la secuencia de los hechos, según el fundamento de derecho primero de la sentencia recurrida, como se señaló al principio. Con esos antecedentes el motivo debe ser estimado, en esta primera parte. Pese a que los acuerdos de la junta general vinculan a todos los socios - artículo 93, apartado 2 del Texto refundido de la Ley de sociedades anónimas -, el legislador ha reconocido a los administradores, al actuar en el ámbito de su competencia, una independencia o autonomía respecto de ellos, cuando sean antijurídicos y dañosos para la sociedad. En tal sentido, el artículo 133, apartado 3, niega que queden exonerados de responsabilidad los administradores por la existencia de un acuerdo de junta, tanto si se adoptó previamente, como " ex post". Responde dicha norma a la idea de que los administradores no pueden realizar actos ilícitos - contrarios a la ley, a los estatutos o al deber general de diligencia: apartado 1 del mismo artículo - que dañen a la sociedad, incluso aunque un acuerdo de la junta general lo autorice o ratifique. La mencionada norma debió ser aplicada en las instancias, pese a que - como se ha destacado en ellas - los acuerdos de autorización y ratificación hubieran sido adoptados en junta general por todos quienes en la fecha eran titulares de acciones de Crimidesa, SA. De otro lado, el precepto no distingue entre acuerdos adoptados por unanimidad y sólo por mayoría, al efecto de legitimar para el ejercicio de la acción social al accionista o al acreedor. Otra cosa es que las circunstancias puedan justificar entender contradictorio exigir responsabilidad al administrador con el hecho de haber participado afirmativamente quien lo pretenda en la adopción del acuerdo luego ejecutado por aquel o en la del de ratificación de lo que hubiera realizado antes. Esta situación no se da, sin embargo, en el caso, por razón de que las demandantes - cuya legitimación activa, afirmada por la Audiencia Provincial, no ha sido discutida en casación - ingresaron en la sociedad con posterioridad a la adopción de los acuerdos sociales unánimes de que se trata".

<sup>637</sup> En este sentido, ESTEBAN VELASCO, G., «Acuerdos de la Junta general de socios de las sociedad limitada en asuntos de gestión y responsabilidad de los administradores», *RdS*, núm.18, 2002, p. 227.

identificar si ese acto es de los administradores o de la junta. En estos supuestos, se afirma que el acuerdo de la junta sobre la diligencia de los administradores “o si se quiere, sobre su grado de culpa” permitirá aplicar el art. 1103 CC que legitima a los tribunales para moderar la responsabilidad civil<sup>638</sup>. En este sentido, también se postula que la ratificación o autorización de la junta puede servir para moderar o fijar la responsabilidad pero no para excluirla<sup>639</sup>. La afirmación normativa de la ausencia de efectos exoneratorios, por parte del acuerdo social, respecto de la responsabilidad imputable a los administradores, implica ya el adoptar una toma de postura en cuanto a dónde se localiza en el proceso de imputación esa norma y en qué sentido se habría de aplicar.

A nuestro juicio, este supuesto excepcional, como ya hemos referido, por el que el representante ha de responder frente al principal por haber seguido sus órdenes, de ser estas lesivas, supone una afectación en la imputación del daño y por ello, de existir la lesión, el hecho de que los administradores hubieran obtenido, ex ante, la autorización o, ex post facto, la ratificación no implica ninguna alteración en la estructura de imputación. Si quien maneja el riesgo son los administradores (y, desde luego, en la ejecución del acto siempre lo hacen) y el daño es la realización de aquel, no queda alternativa que imputar el resultado lesivo a quienes controlaban el riesgo si el daño era previsible. Por ello, quedan al margen las fases de antijuridicidad o culpabilidad sobre las que posteriormente efectuaremos algunas indicaciones.

El hecho de que, a pesar de una autorización o ratificación de la junta, si los administradores ejecutan el acuerdo -siguiendo las instrucciones de la propia junta, y muy particularmente al amparo de las competencias de intervención en asuntos de gestión que se reconoce a aquella, permitiendo impartir instrucciones al órgano de administración (art. 161 LSC)-, y se producen daños, sin que ello permita exonerar a aquellos de responsabilidad (art. 236.2 LSC), implica que ese supuesto consentimiento carece de eficacia. En este sentido, el legislador, ha preferido privar de efectos sobre la voluntad de la sociedad manifestada en este tipo de asuntos por parte de la junta general, impidiendo la disponibilidad de sus intereses por quien puede llegar a ostentar la

---

<sup>638</sup> SÁNCHEZ CALEERO, F., *Los Administradores en las Sociedades de Capital...cit.*, p. 334; en el mismo sentido MUÑOZ PÉREZ, A. F., “Presupuestos de responsabilidad de los administradores”, en VVAA., *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, Guerra Martín (dir.), Madrid 2011, p. 149 y 150.

<sup>639</sup> VALPUESTA, E., *Comentarios a la Ley de Sociedades de Capital*, Madrid 2015, p. 653.

condición de víctima. Aunque pudiera haber optado por una opción distinta, la obstaculización de efectos exoneradores sólo puede justificarse en la ausencia de validez del consentimiento -no basado en la falta de capacidad de la junta general, que incluso se le reconoce expresamente, ex art. 161 LSC- fundamentado en la falta de disponibilidad de la junta de esos intereses frente a los administradores. Es por ello, que la imputación seguirá su curso y, como hemos referido anteriormente, si el daño es realización del riesgo que manejan los administradores, aunque derive del cumplimiento de una instrucción de gestión de la junta, el daño se les atribuirá. No obstante, el hecho de que el daño sea imputable a estos últimos, no quiere decir que, necesariamente, conlleve responsabilidad si pueden acreditar que su actuación lesiva estuvo justificada o, no estando, no incurrieron en falta de diligencia en su actuación cumpliendo su deber objetivo de cuidado. Por el contrario, si consideráramos que la inaplicación de esta exoneración se residenciara en sede de culpabilidad, la actuación lesiva se estaría, implícitamente autorizando y simultáneamente se autorizaría que la misma se causara negligentemente (por ejemplo, autorizar que los administradores invirtieran en inversiones sin tener conocimiento alguno para realizar dicha inversión). Lo que defendemos es que la afectación de la “no exoneración” implica que la ejecución del acto no puede autorizarse y por ello, de hacerse, se realiza por cuenta y riesgo del propio administrador. No obstante, no implica, automáticamente, responsabilidad si no hubo negligencia en el cumplimiento del acuerdo, siempre que el mismo no fuera contrario a la Ley o a los estatutos (la ejecución de un acuerdo en el que se dan instrucciones de inversión que termina generando pérdidas, no exonera de la responsabilidad por haber seguido aquellas instrucciones, pero la Ley sigue contemplando la exigencia de la culpa como presupuesto de la responsabilidad civil, por lo que si la inversión, aún siendo ruinoso, no implicará responsabilidad, en función de la exoneración de aquellos si hubieran actuado conforme al deber objetivo exigible).

No podemos, en consecuencia, estar de acuerdo con la interpretación referida acerca de la posible relevancia de la responsabilidad en función de si la causa del daño procede del acto de los administradores o del acuerdo de la junta general, porque la ejecución es el acto externo que implica generación o agravación y, en todo caso, control del riesgo lesivo y esa conducta, causal, en términos de imputación jurídica, es la conducta que genera el efecto lesivo. Por el contrario, la existencia de diligencia en el cumplimiento del acuerdo, que no se mide en función de las pretensiones acordadas por

la junta, sino en virtud del deber objetivo de cuidado desplegado en la conducta, sí puede afectar a la exoneración de la responsabilidad, pero sin moderarla por ser compartida (art. 1103 CC), puesto que el único grado de culpa a considerar es el del que controla el riesgo lesivo. Sin perjuicio de ello, en los supuestos de sociedad unipersonal, en los que el socio único ejecute las decisiones adoptadas por él (art. 15 LSC) conllevaría, obviamente, una exclusión de los administradores al no controlar el riesgo del que dimanara el daño.

### *3. Los grupos de casos en los daños frente a terceros.*

En el ejercicio de la acción individual, basada en los daños causados directamente a los socios y acreedores, regulada en el art. 241 LSC, la mejor doctrina viene estableciendo una clasificación de los supuestos lesivos que pueden contemplarse en una reclamación de esta índole, en cuatro grupos de casos<sup>640</sup>. Los cuatro supuestos se refieren a: supuestos en los que los que se lesionan los intereses de terceros que no tienen una previa relación contractual con la sociedad, también denominados “ilícitos de empresa”; supuestos en los que se produce una intromisión lesiva en el proceso de formación de la voluntad del tercero respecto de la relación a adoptar con la sociedad (inversión, financiación, etc.); supuestos de intromisión lesiva en la fase de ejecución de las relaciones contractuales entre la sociedad y los terceros acreedores; también, y por último, la lesión de intereses de los socios por una intromisión no debida en las relaciones entre la sociedad y el socio, aunque sobre este último supuesto no se realiza análisis puesto que nos parece que la relación del socio con el administrador es directa en el marco de las relaciones societarias y la imputación no tiene supuestos especialmente complejos. El problema más relevante es el de la responsabilidad de la sociedad por los actos de los administradores, que queda al margen, al no ser objeto de este trabajo<sup>641</sup>.

---

<sup>640</sup> Seguimos la sistemática de grupos de caso establecida en ESTEBAN VELASCO, G., “Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores frente a los socios y terceros...cit., p. 59 y ss.; conforme con la misma SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, Cizur Menor (Navarra) 2005, p. 418.

<sup>641</sup> A favor de la responsabilidad de la sociedad en estos supuestos, ESTEBAN VELASCO, G., “La acción individual de responsabilidad...cit., p. 190 y ss.; MUÑOZ GARCÍA, A., La responsabilidad civil preconcursal de los administradores en las sociedades de capital. Efectos del convenio concursal societario”, en *RdS* n° 28, 2007, p. 183 y ss.

a) Los denominados “ilícitos de empresa”.

En los supuestos de responsabilidad civil indemnizatoria, causada en los denominados “ilícitos de empresa”<sup>642</sup>, en la que pueden incurrir los administradores con los terceros y que puede terminar generando una responsabilidad de la sociedad (ejem.: actuaciones del administrador como órgano dañando a un competidor, no dotando los medios de prevención de riesgos laborales, etc.), se afirma la existencia de una infracción de los deberes de los administradores, y por ello, la existencia de responsabilidad indemnizatoria, cuando los daños se causan por dolo de estos últimos o cuando se haya producido una actuación directa del administrador en el proceso causal, pero se afirma como “punto conflictivo” la existencia de responsabilidad en los supuestos en los que exista una omisión de los deberes de vigilancia e intervención que en ese supuesto pudieran corresponderle a los administradores con el fin de evitar o aminorar el daño<sup>643</sup>. A nuestro juicio, en estos supuestos el administrador, cuya actuación pudiera causar directamente el daño o cuyas instrucciones específicas condujeran a un tercero a provocar el efecto lesivo, acarrearían responsabilidad si, imputado el daño a esa conducta lesiva (la acción directa, o la acción a través de tercero al que maneja como un instrumento de su autoridad), sólo cabría exonerarle si la conducta es lícita y por ello, no comporta antijuridicidad, o si dicha actuación se realiza bajo el deber objetivo de un ciudadano común o, de ser apreciado por la víctima, como miembro del órgano, bajo el deber de un diligente empresario. Por lo tanto, no es presupuesto la existencia de dolo, pero sí, para la responsabilidad y no para imputación, la negligencia en su actuar. En definitiva podrá realizar actuaciones lesivas, sin imputación de la responsabilidad, si actúa amparado en una Ley o, si siendo su actuación antijurídica cumple los parámetros de diligencia que le sean exigibles.

La situación parece fácilmente resoluble desde el punto de vista de las causaciones lesivas (y la correspondiente imputación del resultado), pero ofrece mayores problemas cuando el administrador no genera o controla el riesgo lesivo pero

---

<sup>642</sup> Como indica RONCERO SÁNCHEZ, A., “La acción individual de responsabilidad”, en VVAA., *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, Guerra Martín (dir.), Madrid 2011, p. 213 y ss. estos supuestos implican el problema de determinar la línea divisoria entre la responsabilidad de la sociedad y la de los administradores.

<sup>643</sup> ESTEBAN VELASCO, G., “La acción individual de responsabilidad...cit., p. 185 y ss.; MARÍN DE LA BÁRCENA, F., *La acción individual de responsabilidad frente a los administradores de sociedades de capital*, Madrid 2005, p. 294 y ss.; ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Recensión a Ángel Rojo y Emilio Beltrán (directores), *La responsabilidad de los administradores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005 Recensión a Ángel Rojo y Emilio Beltrán (directores), *La responsabilidad de los administradores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005”, en indret.com mayo 2005, p. 8 y 9,

puede evitar el daño interviniendo en él. Aquí, la dificultad radica en determinar qué deberes de garante pudiera tener frente a los terceros a los que nos les une una relación previa con la sociedad. En nuestra opinión, en este sentido, creemos que se pronuncia la doctrina al afirmar como “punto conflictivo” la existencia, en su caso, de deberes de vigilancia o intervención que pudieran corresponder al administrador. Afirmar que no existe control sobre los peligros derivados de la fuente de riesgos, que implican las actividades societarias, supondría crear un campo de impunidad que sería no sólo propicio para proteger a los administradores, sino para proteger cualquier actividad lesiva. A estos efectos debemos recordar que de cualquier fuente de riesgo, con efectos lesivos para terceros, debe responder quien ostenta el control sobre ella. En las sociedades de capital, la titularidad sobre la fuente de riesgo (sobre las empresas o actividades que desarrolla la sociedad) le correspondería, inicialmente, a la propia sociedad, con su personalidad jurídica, como ficción del Derecho, al ostentar ese control. En el marco competencial de las sociedades de capital<sup>644</sup>, la junta integrada por los titulares de la sociedad, carece de competencias ejecutivas, de carácter físico o causal sobre las actividades societarias y se configura al órgano de administración como titular de las facultades de gestión y representación societaria. La atribución de los poderes correspondientes a este órgano influyen, obviamente, en su capacidad de acción para controlar todos los riesgos que frente a terceros genera la sociedad y, por ello, han de soportar los efectos derivados de las omisiones que les sean imputables. No puede obviarse, en este sentido, por un lado que aunque la Junta General tenga la competencia de poder impartir instrucciones al órgano de administración sobre asuntos de gestión (art. 161 LSC), ello se hace sin perjuicio del reconocimiento expreso del ámbito del poder de representación establecido en el art. 234 LSC, a favor de los administradores que les permite incumplir esas instrucciones. En este sentido, se ha afirmado que la infracción de la obligación de los administradores en el cumplimiento de los acuerdos de gestión de la junta sólo tiene efectos internos, lo que deriva de la vigencia de la atribución del ámbito del poder de representación de los administradores, que viene a suponer que la obligación de los administradores de cumplir dichas instrucciones no implica privarles de su poder de actuación en representación de la sociedad<sup>645</sup>. A ello se

---

<sup>644</sup> Sobre la competencia del órgano de administración, puede verse SÁNCHEZ CALERO, F., *Los Administradores en las Sociedades de Capital...*cit., p. 46

<sup>645</sup> RECALDE CASTELLS, A., “Artículo 160. Competencia de la Junta”, en VVAA, *Comentario de la Reforma del Régimen de las Sociedades de Capital en Materia de Gobierno Corporativo (Ley 31/2014)*, Juste Mencía (coord.), Cizur Menor (Navarra) 2015, p. 58 y ss.

une la ya referida ausencia de exoneración de los administradores por el hecho de que sus actos sean autorizados o ratificados por una acuerdo de la junta general (art. 236.2 LSC), lo que en estos supuesto se acentúa si tenemos en cuenta que, en cualquier caso, ese consentimiento, de tener algún alcance, lo tendría en el ámbito interno de la relación administrador-sociedad pero nunca sería oponible a terceros<sup>646</sup>.

Por ello, si los auténticos y legitimados actores en el control de la fuente de peligro “actividad societaria con efectos externos” que se concretará, en la mayoría de las ocasiones, en las actividades empresariales que comprenda el objeto social, son los administradores, u ostentan una posición de garantes frente a los terceros perjudicados o la sociedad puede actuar con absoluta impunidad lesiva, respondiendo únicamente con su patrimonio societario. En este sentido, si reconocemos, en los administradores, la existencia de deberes de vigilancia e intervención sobre los riesgos generados por la actividad societaria, no tenemos, creemos, más opción que considerarles garantes de una actividad generadora de riesgos frente a terceros o, de lo contrario, se permitiría actuar en el tráfico sin control efectivo de quien genera aquellos. Los riesgos de la actividad empresarial que desarrolla una sociedad benefician a la sociedad, directamente, como persona jurídica y a sus titulares, los socios indirectamente, al generar beneficios. Pero, sin embargo, la titularidad en la gestión de esos riesgos no corresponde, fácticamente a la persona jurídica atribuida a la sociedad (ficción jurídica) ni a los socios, por las razones ya expuestas, sino a los administradores. Por tanto, ellos, aún no siendo los titulares dominicales, sí han de asumir dicha posición y proteger a los terceros de los riesgos generados por la fuente de riesgo que implica la actividad societaria, lo que les exige responder en función de ese rol.

Se afirma, sin embargo, por parte de la doctrina, que se ha de evitar incurrir en el riesgo de hacer a los administradores garantes frente a terceros de todas las deficiencias, obligaciones o faltas de organización de la sociedad y que sólo deberían responder cuando “estaba en su mano (en el marco del ejercicio de sus competencias de dirección y control de la marcha de la empresa en las circunstancias del caso) el haber podido actuar para prevenir el daño causado por la actividad empresarial”<sup>647</sup>. E, incluso, se

---

<sup>646</sup> JUSTE MENCIA, J., “Art. 236. Presupuestos y extensión subjetiva de la responsabilidad...cit., p. 453

<sup>647</sup> ESTEBAN VELASCO, G., “La acción individual de responsabilidad...cit., p. 186

critica esta posición, por extensa, defendiendo que en estos casos se debe entrar en los detalles porque, de lo contrario, no se solventan los problemas<sup>648</sup>.

En el supuesto resuelto por la STS (S 1ª) de 22.01.04<sup>649</sup>, se condenó a una sociedad minera y a sus administradores de los daños sufridos en una mina sin actividad que no tenía vigilancia, ni señal de peligro ni prohibición de entrada. Se defiende la condena en la responsabilidad de los administradores por omisión de sus deberes extracontractuales que pesan sobre quien ostenta la dirección y control de la actividad empresarial, debiéndose haber adoptado medidas de seguridad en prevención de daños<sup>650</sup>. En contra se afirma que el deber infringido no sería su deber de gestión diligente de la empresa social, sino un deber extracontractual del tráfico, que recaería sobre cualquier titular de una explotación para proteger a terceros “lo que es incoherente con la posición que mantiene el autor en la formulación de las bases de la responsabilidad de los administradores”<sup>651</sup>. A nuestro juicio, este argumento no puede ser defendido puesto que, como afirmamos anteriormente, la existencia del art. 241 LSC implica, por un lado, una remisión al art. 1902 CC, en cuanto a la aplicación del

---

<sup>648</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Recensión a Ángel Rojo y Emilio Beltrán (directores), La responsabilidad de los administradores...cit., p. 9

<sup>649</sup> Id Cendoj: 28079110012004100001. En esta resolución “Los hechos hacían referencia al accidente ocurrido al menor, Marcos, el 22 de junio de 1985 en una mina con los accesos sin vigilancia y sin señal alguna de peligro o de prohibición de entrada y que determinó que el referido menor, a la sazón de diez años de edad, sufriera un grave traumatismo por trituración de pierna y pie izquierdo y otras graves heridas y secuelas”. Se ejercieron acciones de responsabilidad extracontractual en base al art. 1902 CC contra la sociedad titular de la mina y contra los administradores (art. 241 LSC). Se condena a estos últimos y se realizan las afirmaciones siguientes en la resolución que justifican la responsabilidad: “No precisa tal acto directo del administrador en el sentido pretendido por el motivo y, por otra parte, por tal debe reputarse la omisión y el incumplimiento de los deberes generales de seguridad y de protección de terceros indeterminados y, en general, los relativos al cumplimiento de las exigencias y cuidados de la vida en comunidad y a la evitación de posibles daños a terceros.” “En resumen, existe responsabilidad del recurrente como Secretario y Administrador y existe una solidaridad de responsables ex art. 1902 del Código Civil. Frente a los hechos probados en la instancia e inatacables en este cauce casacional utilizado en el motivo, referentes a la maquinaria industrial abandonada y en pésimo estado de conservación y entre ella una noria para lavar la piedra extraída del cuarzo y a la que subieron los niños a través de una escalera y que comenzó a girar y aprisionó y trituró el pie del menor, cuando en tal fecha el acceso a la citada cantera estaba carente de vallado u obstáculo de entrada, no existía vigilancia alguna ni aparecía en ningún lugar prohibición, ni cartel que avisara de la prohibición de acceso, ni del peligro para terceros... El daño fáctico es paradigma y ejemplo de total descuido y negligencia respecto a terceros. En todo caso, la negligencia de unos menores de 12 y 10 años de edad no puede desvirtuar, ni anular la grave culpa de los responsables de la empresa minera de tener sin vigilancia, sin vallados y sin señales una maquinaria de uso peligroso para los profanos en su manejo y con deficiencias contrastadas. Concurren por ello los elementos de omisión de las medidas de cautela y previsión socialmente aceptadas y establecidas por el ordenamiento jurídico, debiendo tenerse en cuenta por ellos los principios de la previsión del riesgo, la producción de un resultado dañoso y el nexo causal”.

<sup>650</sup> ESTEBAN VELASCO, G., “La acción individual de responsabilidad...cit., p. 188; MARÍN DE LA BÁRCENA, F., *La acción individual de responsabilidad frente a los administradores de sociedades de capital...cit., p. 295 y ss.*

<sup>651</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Recensión a Ángel Rojo y Emilio Beltrán (directores), La responsabilidad de los administradores...cit., p. 9



régimen de responsabilidad con respecto a las lesiones causadas e imputadas jurídicamente por la actuación directa (o de control del curso causal de un tercero al que encomienda la acción lesiva) del administrador, evitando posibles defensas sobre la posición orgánica como mecanismo a limitar la responsabilidad a la persona jurídica. Pero por otro lado, lo más relevante de la existencia del art 241 LSC, es que implica una determinación de los deberes de actuar, de las obligaciones de protección del administrador puesto que, al tener que interpretarse sistemáticamente con el régimen de responsabilidad previsto en el art. 236 y ss., ya se revela, lo que por otro lado contempla expresamente el art. 236.1 LSC, que responden “frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo”. Y la remisión a los deberes de su cargo implica la necesidad de traer a colación el deber de diligencia que expresa la obligación de cumplir con los deberes impuestos por las leyes y los estatutos, con la diligencia de un ordenado empresario (art. 225 LSC). Es ese deber, el de diligente empresario, el que conlleva la existencia de un deber extracontractual de tráfico (Verkehrssicherungspflichten)<sup>652</sup>, que no ostentan otros sujetos en el marco de la actividad societaria y sí quienes, como los administradores, tienen la legitimación para introducir, delimitar, restringir, o excluir, los riesgos de las actividades societarias en el tráfico.

Si sometiéramos al administrador al régimen general del art. 1902 CC y lo excluyéramos en sus relaciones frente a terceros del régimen de responsabilidad previsto en la LSC, que remite a los deberes previstos en el 225 y ss. LSC, respecto de esas relaciones, la posición de garante se debilitaría profundamente y se generarían severas dudas sobre los deberes de actuar respecto de socios y terceros. No es así precisamente por la existencia de una norma que contempla la existencia de unos deberes especiales de protección, de manera que los administradores son quienes asumen el rol correspondiente y, en su caso, la responsabilidad derivada de los daños no evitados.

No obstante por quienes no encuentran suficiente justificación para la imposición de responsabilidad en casos como el referido en la citada STS (S 1ª) de 22.01.04, se alega que la imputación del daño a los administradores en estos supuestos

---

<sup>652</sup> Lutter, Marcus (2003): Corporate Governance und ihre aktuellen Probleme, vor allem: Vorstandsvergütung und ihre Schranken, en ZIP 2003.

puede atribuirse la obligación de velar por el cumplimiento de las normas para evitar daños a las personas si se trata de una pequeña explotación minera donde los administradores “están próximo a la actividad concreta y diaria de la mina”, pero no existirían tales deberes en el supuesto de una gran sociedad minera “con decenas de explotaciones y miles de empleados”, ya que no podría afirmarse razonablemente que aquellos tenían el deber de asegurarse de que todas y cada una de las instalaciones cumplieran todas las medidas para evitar los daños<sup>653</sup>. Esta argumentación ha sido defendida posteriormente a raíz de otra condena de los administradores en virtud del ejercicio de una acción individual contra los administradores porque la sociedad no contrató un seguro de caución, exigido por la Ley, que permitiera devolver las cantidades anticipadas, ante la compra de una vivienda, a los acreedores cuando la vivienda no fuera construida, STS (S. 1ª) 23.05.14 <sup>654</sup>. Aunque la resolución judicial fue condenatoria por el incumplimiento de un deber que correspondía a la sociedad, el Tribunal Supremo trata de restringir esos efectos y justifica la condena, sin permitir que se generen indebidas equivalencias entre el incumplimiento de la sociedad y los incumplimientos de los administradores, y así afirma que:

“La responsabilidad de los administradores en ningún caso se puede conectar al hecho objetivo del incumplimiento o defectuoso cumplimiento de las relaciones contractuales, convirtiéndolos en garantes de las deudas sociales o en supuestos de fracasos de empresa que han derivado en desarreglos económicos que, en caso de insolvencia, pueden desencadenar otro tipo de responsabilidades en el marco de otra u otras normas. Pero en el presente caso, la responsabilidad directa de los administradores proviene del carácter imperativo de la norma que

---

<sup>653</sup> <sup>653</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Recensión a Ángel Rojo y Emilio Beltrán (directores), La responsabilidad de los administradores...cit., p. 9

<sup>654</sup> Id Cendoj: 28079110012014100224, en la que se afirma que: “La acción individual de responsabilidad de los administradores por actos llevados a cabo en el ejercicio de su actividad orgánica - y no en el ámbito de su esfera personal, en cuyo supuesto entraría en juego la responsabilidad extracontractual, del art. 1902 Cc -plantea especiales dificultades para delimitar los comportamientos de los que deba responder directamente frente a terceros, delimitando el ámbito de la responsabilidad que incumbe a la sociedad, que es con quien contrata, de la responsabilidad de los administradores que actúan en su nombre y representación. En este último caso, pues, la acción individual de responsabilidad supone una especial aplicación de responsabilidad extracontractual integrada en un marco societario, que cuenta con una regulación propia ( art. 135 LSA -241 LSC), que la especializa respecto de la genérica prevista en el art. 1902 Cc ( SSTs de 6 de abril de 2006 , 7 de mayo de 2004 , 24 de marzo de 2004 , entre otras). Se trata, de una responsabilidad por "ilícito orgánico" , entendida como la contraída en el desempeño de sus funciones del cargo. En el presente caso, la fuente de deberes que se le imponen en su condición de administradores es, entre otras, la de cumplir y respetar las normas que afectan a la actividad social o sectorial, si se prefiere. El cumplimiento de este "deber objetivo de cuidado" que, como ha afirmado la doctrina, consiste en no dañar a los demás, exige emplear la diligencia de un "ordenado empresario" y cumplir los deberes impuestos por las leyes (art. 266 LSC) en relación con los terceros directamente afectados por su actuación. La infracción de este deber, supone un incumplimiento de una obligación de la sociedad, que es imputable a los administradores, por negligencia, en el ejercicio de sus funciones en el cargo, actuando como órgano social”.

han incumplido y de la importancia de los intereses jurídicos protegidos por dicha norma. Ello supone que incumbe a los administradores asegurarse del cumplimiento de esta exigencia legal, y que su incumplimiento les sea directamente imputable”.

En relación con este supuesto, parte de la doctrina se ha manifestado que no se puede hacer responsable a los administradores de cualquier infracción de las normas legales o de los deberes de cuidado que tenga la sociedad porque implicaría un “deber de garante absolutamente desproporcionado”<sup>655</sup> y se defiende que sólo en el caso de una pequeña entidad en la que los administradores gestionan la sociedad y se encargan de las actuaciones a las que viene obligada la sociedad, la administración debe asegurarse de que se procede conforme a lo exigido legalmente, pero sin que ello ocurra en igual sentido cuando estamos ante una sociedad que explota empresas de gran dimensión<sup>656</sup>. Por ello, se afirma que “El deber *personal* de los administradores se limita a asegurarse que la organización de la sociedad permite, razonablemente, el cumplimiento de las normas legales”. A nuestro juicio, en estos supuestos, la regla general indica que quien controla los riesgos es el órgano de administración que debe velar porque la fuente de riesgos que implica una explotación empresarial, por parte de la sociedad administrada, no causa daños a terceros. Ahí están sus deberes, los que deben cumplir porque tienen la capacidad de acción de hacerlo y ostentan posición de garante, justamente porque son los únicos, reconocidos legalmente, para proteger cualquier interés derivado de la fuente de riesgos que controlan. Los administradores han de asegurarse que dichos riesgos se mantienen en términos controlables y establecer todos los mecanismos adecuados para evitar que aquellos terminen realizándose en daños. No obstante, es posible configurar mecanismos de protección que de facto, impliquen una protección a los administradores, mediante la creación de una organización de medios que haga equivalente la actuación debida a la realizada por terceros, es decir, es viable cumplir el deber de garante mediante la actividad de terceros. En este sentido, hemos de recordar que la delegación de los deberes exigibles (salvo aquellos que sean indelegables) sí

---

<sup>655</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “*Acción individual de responsabilidad contra administradores. El Tribunal Supremo persevera y amplía su erróneo análisis de la llamada acción individual de responsabilidad*” en <http://derechomercantilesana.blogspot.com.es/2014/06/accion-individual-de-responsabilidad.html>, 10 de junio de 2014.

<sup>656</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “*Acción individual de responsabilidad contra administradores. El Tribunal Supremo persevera y amplía su erróneo análisis de la llamada acción individual de responsabilidad* ...cit. El autor menciona el ejemplo de REPSOL como ejemplo ya que no es exigible que los administradores se aseguren de que todas sus instalaciones cumplen con los requisitos legales, ya que habrá una organización en la que existirán personas concretas para esos fines

permite que los administradores habiliten situaciones que mantengan su capacidad de acción para el cumplimiento de sus deberes de protección y, en este sentido, es posible, evitar que sobre un administrador recaigan responsabilidades derivadas de riesgos físicamente incontrolables para él. Ello exige una organización de medios que impida un incremento de los riesgos que debería soportar la víctima implicando cierta desprotección. Y es que no puede realizarse un incremento de los riesgos a costa de las víctimas, porque sus intereses han de encontrarse protegidos de análoga manera, frente a fuentes de riesgo de características similares, con independencia de su dimensión. En este sentido es factible la delegación<sup>657</sup> de los deberes de garante de los administradores, que se convertirán en deberes de control del delegado y que exigen una atribución de las funciones y poderes necesarios para ejercitar dicho control, lo que implica que el delegado tenga la capacidad de actuación adecuada para evitar los riesgos<sup>658</sup>, pero sin que la mera aceptación de la delegación de la posición de garante implique la exoneración del delegante<sup>659</sup>. Si la delegación es posible y el delegado es adecuado para cumplir con los deberes de garante, sí se produce una mutación del deber del administrador cuya responsabilidad, entonces derivará de la obligación de control, supervisión y, en su caso, revocación, de la delegación.

- b) Supuestos de lesión por inmiscuirse en la ejecución de la prestación debida por la sociedad.

En relación con los supuestos en los que el administrador responde del daño derivado por inmiscuirse en la ejecución de la prestación, debida por la sociedad, obstaculizando su cumplimiento y, con ello dañando al tercero en base a una actuación del administrador a la que se vincula el efecto dañoso del incumplimiento, se afirma que no hay problema para aceptar la responsabilidad de los administradores en los supuestos

---

<sup>657</sup> Nos referimos a la delegación de dichos deberes y no sólo a la delegación de facultades en el supuesto del Consejo de Administración (arts. 249 y ss. LSC). Por ello, puede darse, perfectamente, esa delegación de los deberes en los casos de administrador único, solidarios o mancomunados.

<sup>658</sup> Sobre estas cuestiones, en relación con la responsabilidad penal por omisión en actividades económicas, ver DEMETRIO CRESPO, E., *Responsabilidad penal por omisión del empresario*, Madrid 2009, pag. 105 y ss.

<sup>659</sup> En relación con la responsabilidad de los administradores en un consejo de administración, respecto de los actos dañosos generados por los consejeros delegados se afirma que aquéllos quedan liberados por faltar el nexo causal entre el acto lesivo y el operar del administrador no delegado, SÁNCHEZ CALEERO, F., *Los Administradores en las Sociedades de Capital...cit.*, p. 350 y ss.

en que existe orden expresa para que no se atienda al vencimiento una obligación social, o en supuestos en que prestación debida consistente en entregar una cosa que no se puede cumplir por actuación dolosa del administrador.<sup>660</sup> Para la comprensión de la responsabilidad por inmiscuirse en la ejecución de la prestación societaria, debe partirse de una negación de la responsabilidad del administrador como garante del cumplimiento de las deudas de la sociedad<sup>661</sup>, pero ello no impide, nuevamente, negar la posible responsabilidad extracontractual de los administradores. Y debe tenerse en cuenta que la generación de la insolvencia o la destrucción del patrimonio societario que pudiera conllevar la incapacidad de la sociedad para el cumplimiento de sus obligaciones, debería enjuiciarse en sede concursal o bajo parámetros de deterioro societario que conduciría a la acción social por residenciarse el daño directo en el patrimonio social, e indirectamente en el de los acreedores<sup>662</sup>. No obstante, si parece poderse atraer a esta sede y hacer responsable a los administradores, frente a los acreedores cuando la sociedad no cumple porque el administrador interfiere generando riesgos indebidos, sin necesidad de que acontezca dolo en su actuación (no se termina de entender la exigencia de este parámetro puesto que el daño no se imputa jurídicamente por un desvalor de la conducta sino por la previsibilidad del daño a quien maneja el riesgo lesivo y, también, en supuestos de negligencia, el daño puede ser previsible) . En este sentido, ya se manifiesta por la doctrina la posibilidad de que el administrador deba responder por daños a derechos de la personalidad (vida, integridad física, libertad,), o a derechos

---

<sup>660</sup> ESTEBAN VELASCO, G., "Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores frente a los socios y terceros...cit., p. 61

<sup>661</sup> STS (S. 1ª) 30.05.08 - Id Cendoj: 28079110012008100499 "En su ratificación, y reiteración, sólo cabe decir aquí que, vistas las circunstancias concurrentes en el caso, la conducta observada por la entidad " Jon , S.A." en relación con la resolución del contrato que le unía a "Gold Vision, S.L." fue totalmente injustificada, aunque, por otro lado, no resulta verosímil que esta entidad no conociese la situación litigiosa de las marcas cuando formalizó el contrato de licencia. Pero sí resulta incuestionable dicha actuación antijurídica, que ya fue objeto de pronunciamiento condenatorio, de ello no cabe derivar, dadas dichas circunstancias, una responsabilidad individual, solidaria, de los administradores sociales ex arts. 127, 133 y 135 LSA. De aceptarse tal expansión de la responsabilidad, los administradores pasarían prácticamente a ser responsables -garantes- de todas las actuaciones de la sociedad que, por unas u otras razones, resultaran ilícitas por su disconformidad con el ordenamiento jurídico y produjeran un perjuicio para otras personas. Y no es esto lo que establece la Ley. En la actuación de los administradores sociales del caso no concurre una conducta fraudulenta o negligente en el ejercicio de su cargo que se conecte causalmente en relación directa, como exige el art. 135 LSA, con el perjuicio sufrido por la entidad actora. Este perjuicio se deriva de la actuación de la sociedad, sujeto de derecho con personalidad jurídica autónoma, que, ante la alternativa que se encontraba, optó por dar satisfacción económica a una empresa en detrimento de otra, y la actuación de los administradores, como órgano de la sociedad, precisada de personas físicas para su operatividad jurídica, no se individualiza respecto del ente social, sino que se integra plenamente en la organicidad de la sociedad, que no es susceptible de una valoración individual, con secuencia de responsabilidad, independiente de por quien actuaron como representantes necesarios

<sup>662</sup> En este sentido, ESTEBAN VELASCO, G., "La acción individual de responsabilidad...cit., p. 204 y ss.

reales del acreedor (propiedad, derechos de garantía), cuando el administrador ha violado los deberes de cuidado que le exige su posición orgánica<sup>663</sup>. En nuestra opinión, los administradores también responderían en aquellos supuestos en los que las relaciones contractuales no pueden ser cumplidas por la sociedad, no por una situación de insolvencia o deterioro de su patrimonio, sino porque el cumplimiento con el tercero dependía de una situación previa que ha sido frustrada por una actuación, no necesariamente dolosa pero sí negligente, del administrador (incumplimientos de prestaciones de servicios personalísimas que la sociedad debía subcontratar; incumplimientos de obligaciones de la sociedad, derivados de negligencia del administrador, frente a terceros que resuelven el contrato impidiendo que la sociedad cumpla con quien sufre el daño, etc.). En estos supuestos, la existencia de un riesgo previsible (la sociedad no podrá cumplir un contrato si se frustra otra operación pendiente) que esté controlado por el administrador (lo cual excluye de este ámbito operaciones frustrada por la contraparte) atribuye a éste el daño causado. Salvo causa de justificación o actuación diligente, el administrador debe asumir su responsabilidad frente a la contraparte de la sociedad si ésta no puede abonar la indemnización.

c) Supuestos lesivos de intervención del administrador en la fase precontractual.

En aquellos supuestos en los que el acreedor contrata confiando en la situación, provocada por los administradores, de solvencia ficticia de la sociedad, sin que pueda posteriormente abonársele su crédito, el administrador incurrirá en responsabilidad en tanto en cuanto le sea imputable esa situación. Es decir, cuando siendo previsible que no se iba a poder cumplir con la obligación contraída por la sociedad, no se informa a los acreedores que de haberlo sabido no hubiesen contratado o lo habrían realizado en otras condiciones<sup>664</sup>, lo que, en sentido contrario, conlleva que no responderá si la situación de crisis empresarial era conocida por el propio acreedor. El administrador responderá sólo del daño causado al acreedor<sup>665</sup>, es decir, deberá indemnizar de aquellos perjuicios

---

<sup>663</sup> Sobre estos supuestos véase a MARÍN DE LA BÁRCENA, F., *La acción individual de responsabilidad frente a los administradores de sociedades de capital...cit.*, p. 336 y ss.. El autor cita la sentencia de la Corte di Cassazione italiana de 20.11.56 en la que un acreedor de la sociedad a la que había prestado una maquinaria y que fue devuelta deteriorada, reclamó los daños contra el administrador, lo que le fue concedido.

<sup>664</sup> ESTEBAN VELASCO, G., “La acción individual de responsabilidad...cit.”, p. 187

<sup>665</sup> ESTEBAN VELASCO, G., “La acción social y la acción individual de responsabilidad...cit.”, p. 97

ocasionados por haber contratado con la sociedad, cuando el acreedor de haber conocido la verdadera situación financiera de aquella no hubiera aceptado la relación. En una similar situación se encuentran los supuestos de información otorgada a los inversores para la adquisición de acciones o participaciones o financiadores, etc. En estos casos, se afirma que si el deber de informar se establece en una norma se tiene que determinar el ámbito de protección de la norma y, en el marco de esa delimitación, la infracción de su contenido implicaría la responsabilidad de los administradores por los daños causados<sup>666</sup>. Entre estos supuestos se encontrarían los derivados de las ofertas públicas de emisión<sup>667</sup>.

Una particular atención requiere el supuesto de la información contable incorrecta en la que se basa un acreedor o un inversor para la adopción de su decisión de financiar o invertir. Se viene sosteniendo que en todos estos supuestos, incluso en el de información exigida en la emisión de valores, los administradores responden personalmente si hubieran conocido el carácter erróneo o falso de la información y no hubieran actuado para evitar el engaño que sufre el inversor, o en aquellos supuestos en los que se contrata con un tercero sabiendo que la sociedad no podrá pagar el crédito al acreedor y ocultando la información relevante procede a formalizar la relación. Por tanto, exigiendo en todo caso el dolo<sup>668</sup>, aunque fuera eventual ya que lo relevante, se afirma, es que el dolo es un criterio de imputación que opera con independencia de la infracción del deber objetivo de cuidado<sup>669</sup>. En relación con la imputación de daños en estos supuestos, se ha afirmado por parte de la doctrina, sin embargo, que las normas reguladoras de las cuentas anuales tienen una finalidad de índole pública o de protección de intereses generales sin que se pueda identificar a un grupo de personas en concreto que quede especialmente protegido, lo que implica que “de su mera infracción

---

afirma que en los supuestos de intromisión lesiva en el proceso de formación de la voluntad del tercero (o del socio) respecto de nuevos acreedores que surgen a partir de la situación grave de crisis empresarial “los administradores infractores de sus deberes deberán cargar con el daño causado que incluirá el importe (total o parcial) de la deuda social insatisfecha...en estos casos deberá indemnizarse el perjuicio derivado de la infracción de esos deberes, en donde habrá que tener en cuenta, según las particulares circunstancias de cada operación, la pérdida total o parcial del precio de la operación así como el lucro dejado de obtener de haber dado un destino alternativo a los fondos empleados”.

<sup>666</sup> ESTEBAN VELASCO, G., “La acción individual de responsabilidad...cit., p. 194 y ss.

<sup>667</sup> TAPIA SÁNCHEZ, R., *Oferta pública de suscripción: un enfoque contractual*, Madrid 2004; VALMAÑA OCHAÍTA, M., *La responsabilidad civil derivada del folleto informativo en las ofertas públicas de suscripción y venta de acciones*, Madrid 2006; IRIBARREN BLANCO, M., *Responsabilidad civil por la información divulgada por las sociedades cotizadas*, Madrid 2008.

<sup>668</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Recensión a Ángel Rojo y Emilio Beltrán (directores), *La responsabilidad de los administradores...*cit., p. 9

<sup>669</sup> MARÍN DE LA BÁRCENA, F., *La acción individual de responsabilidad frente a los administradores de sociedades de capital...*cit., p. 269

no se puede derivar responsabilidad para los administradores en relación con ningún tipo de daños”<sup>670</sup>. Y también se defiende que los administradores tienen deberes de cuidado que eviten daños a los terceros, pero la responsabilidad sería meramente interna.<sup>671</sup> Por el contrario, se afirma la responsabilidad si el inversor o el acreedor prueban que esas cuentas irregulares se tuvieron en cuenta para su decisión<sup>672</sup>. Y en esta última dirección, en una reciente resolución judicial<sup>673</sup> se ha procedido a la condena, parcial, de los administradores de una sociedad por incumplimientos en la llevanza de la contabilidad, manifestando que

“Tiene razón el recurrente cuando afirma que las diferencias, errores o desajustes en la contabilidad de una sociedad publicadas en el Registro Mercantil para información general, en sí mismas no son necesariamente aptas, adecuadas causalmente, para una acción individual contra sus administradores. Pero eso no impide que en supuestos excepcionales como el presente, en que la relevancia de las inexactitudes que afectaban a la imagen de solvencia de la compañía, hubiera provocado una falsa confianza en los acreedores demandantes para llevar a cabo importantes suministros en la campaña de Navidad sin recabar las garantías que aseguraran el cobro de sus créditos.”

En esta sentencia se afirma también, sobre la acción de los administradores y los deberes de éstos, en relación con la contabilidad, que:

Como recordamos en la Sentencia 242/2014, de 23 de mayo, esta acción individual de responsabilidad de los administradores, «supone una especial aplicación de responsabilidad extracontractual integrada en un marco societario, que cuenta con una regulación propia ( art. 135 TRLSA, y en la actualidad art. 241 LSC), que la especializa respecto de la genérica prevista en el art. 1902 CC ( SSTs de 6 de abril de 2006, 7 de mayo de 2004, 24 de marzo de 2004, entre

---

<sup>670</sup> MARÍN DE LA BÁRCENA, F., *La acción individual de responsabilidad frente a los administradores de sociedades de capital...cit.*, p. 269. ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “La llamada acción individual de responsabilidad contra los administradores sociales”, RdS, nº 18 – 2002, p. 73, quien afirma que el deber de contabilidad sólo es relevante internamente frente a la sociedad

<sup>671</sup> ALFARO ÁGUILA REAL, J., “La llamada acción individual de responsabilidad o responsabilidad “externa” de los administradores sociales...cit., p. 10; ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “La llamada acción individual de responsabilidad contra los administradores sociales”, RdS, nº 18 – 2002, p. 65; “es cierto que el administrador viene obligado a poner en marcha las medidas de cuidado que eviten la producción de daños a terceros pero la responsabilidad por tales obligaciones es meramente interna frente a la sociedad cuya administración ostenta. El administrador, al asumir su puesto, se obliga frente a la sociedad a gestionar leal y diligentemente los asuntos sociales y debe, por tanto, diligencia y lealtad a la sociedad y no a los terceros. Afirmar que los terceros pueden exigir responsabilidad a los administradores de una sociedad porque éstos hayan incumplido sus deberes como administradores y dicho incumplimiento les ha causado un daño conduciría, en el extremo, permitir a los acreedores sociales exigir, no sólo la responsabilidad por el incumplimiento de los deberes sino derechamente el cumplimiento forzoso de tales deberes lo que llevaría al absurdo de permitir a los acreedores inmiscuirse en la gestión social.”

<sup>672</sup> ESTEBAN VELASCO, G., “La acción individual de responsabilidad...cit., p. 195

<sup>673</sup> STS (S 1ª) 22.12.14 - Id Cendoj: 28079110012014100734



otras). Se trata de una responsabilidad por "ilícito orgánico", entendida como la contraída en el desempeño de sus funciones del cargo».

En nuestro caso, la conducta de los administradores respecto de la que se exige responsabilidad constituye un incumplimiento grave de los deberes relativos a la llevanza de la contabilidad y a la formulación de las cuentas anuales, que, conforme a las exigencias generales previstas en el art. 34.2 Ccom, deben mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa.”

Respecto de dicha sentencia, se ha valorado positivamente al entender la existencia de un deber de los administradores de velar por el cumplimiento de los deberes contables, sin que pueda justificarse su incumplimiento en un principio de confianza que hubiera generado fallos en la supervisión del encargado de realizar esa actividad, ya que la formulación de las cuentas es indelegable<sup>674</sup>.

A nuestro juicio, a la hora de enjuiciar la relevancia del incumplimientos de los deberes sobre la información societaria que se suministra, hay que separar la información cuya publicidad se exige, como son las cuentas anuales, de aquellos otros supuestos en los que la información está sometida al deber de secreto que recae sobre los administradores. En relación con las cuentas anuales, y tal y como se ha indicado, lo relevante es si dicha información tiene una finalidad pública o de protección para terceros. Restringir el ámbito de protección de la obligación de formular adecuadamente esas cuentas anuales, verificarlas, aprobarlas y publicarlas no se justifica ya que el proceso de control referido sólo puede obedecer a un mecanismo de tutela de todos aquellos que se relacionan con la entidad. En este sentido, la jurisprudencia, y en relación a los auditores, ha reconocido los efectos de las normas que regulan las cuentas anuales y su verificación, frente a terceros, para imponer responsabilidad a los auditores de cuentas<sup>675</sup> cuyo deber es el de control del riesgo dimanante de la existencia de unas cuentas anuales irregulares que pueden provocar actuaciones lesivas en los terceros que confían en aquellas<sup>676</sup>.

---

<sup>674</sup> MARÍN DE LA BÁRCENA, F., Deberes de contabilidad y acción individual de responsabilidad (STS 1ª de 22 de diciembre de 2014) ...cit., p. 343 y ss.

<sup>675</sup> Sobre esta cuestión, la STS (S 1ª) 14.10.08 - Id Cendoj: 28079110012008100916

<sup>676</sup> Sobre esta cuestión pueden verse nuestros trabajos, MUÑOZ GARCÍA, A., “Cuentas Anuales y Auditoría”, en Fernández de la Gándara, *Derecho de Sociedades*, vol. II, Valencia 2010, p. 1766 y ss.; MUÑOZ GARCÍA, A., “La imputación jurídica del daño producido al tercero ante la omisión de los deberes exigidos al auditor de cuentas (Comentario a la STS-Sala 1ª- de 9 de octubre de 2008)”, en *RdS* nº 33, 2009

Dado el carácter indelegable de tal deber, en un argumento a fortiori, hay que interpretar que si los auditores responden por entender que su informe produce efectos frente a terceros, mayor razón hay para entenderlo respecto de los administradores que elaboran dichas cuentas. Por lo tanto, formular unas cuentas conteniendo irregularidades que alteren la imagen fiel exigida y que terminen por provocar decisiones erróneas en inversores o financiadores (si este curso causal puede acreditarse), implica una imputación objetiva a los administradores, sin que sea necesario que exista, para la imputación de la responsabilidad, dolo, bastando, como en el resto de sus obligaciones, la existencia de negligencia. Exigir dolo para la imputación implica, bajo nuestra construcción dogmática de la responsabilidad civil, afirmar que la elaboración de unas cuentas con incorrecciones relevantes para apreciar la imagen fiel, aún siendo una conducta ilícita y antijurídica, no puede derivar en responsabilidad a un administrador porque no actuó con dolo, sin que exista ninguna norma que permita esa “franquicia” de responsabilidad civil por la “negligencia”. Y afirmamos que formular unas cuentas anuales, con incorrecciones relevantes que terminan siendo publicadas, es poner en circulación un riesgo del que se tiene control y del que es previsible que provoque error en la toma de decisión de los terceros (inversores, financiadores, proveedores, etc.). No estamos antes deberes de garante sino ante cursos causales lesivos introducidos por los administradores.

Por el contrario, cuando la información no es publicable entonces se producen dos supuestos diferenciados. Aquellos en los que los administradores suministran información incorrecta a los inversores o a cualquier tercero, en cuyo caso, se aplican, al facilitar dicha información, las pautas de imputación acabadas de referir si la información la generan los administradores. Y, en segundo lugar, cuando los administradores tienen información relevante, que generaría una conducta hipotética diferente en el tercero, y no la facilitan por protección de los intereses societarios (v.gr. la sociedad necesita financiación y las cuentas anuales o los informes financieros existentes a esa fecha indican una adecuada solvencia, lo que no se corresponde con la situación financiera real porque existe alguna circunstancia, producida con posterioridad a la emisión de la documentación que se está manejando). Aquí el problema sí es de deberes de garante de los administradores, en el control de la fuente de riesgos de la actividad societaria, frente a los posibles perjudicados, pero ese deber choca con el derivado de su deber de secreto y de protección del patrimonio social (si la financiación

no se obtiene, la sociedad puede tener severos problemas de solvencia), que obviamente tiene frente a la sociedad<sup>677</sup>. Como entonces existe un conflicto de deberes y ya referimos, al analizar la imputación del resultado en las omisiones, que cabría una causa de justificación cuando el garante se encontraba ante tal situación, se podría plantear el supuesto de exoneración de la responsabilidad de aquellos por ser su conducta conforme a Derecho. No obstante, el conflicto de deberes, como causa de justificación, legitima una omisión si el obligado cumple sólo uno de los deberes de actuación sin que sea necesario que el bien salvado sea más valioso que aquel cuya salvación se está omitiendo<sup>678</sup>. No obstante, esta situación se quiebra si tenemos en cuenta que el deber de no desvelar información trascendente de la sociedad no tiene por qué incumplirse si no se acude al financiador o al inversor. Es el administrador el que provoca la existencia del deber y del conflicto correspondiente y, por ello, no tiene justificación para omitir su deber de tutelar a cualquiera de la fuente de peligro que implica la información contable ya desfasada y errónea. Es por ello, por lo que se afirma que en la posición de garante en virtud de la responsabilidad por organización (ha generado el peligro para los intereses ajenos), el garante ha de responder de la anulación del riesgo<sup>679</sup> y es su responsabilidad cómo obtener ese resultado. Por ello, el administrador no puede generar, él mismo, el conflicto de deberes y debe evitar, si está bajo su control, esa situación. A ello se añade, que, tal y como indicamos, en el examen sobre la Responsabilidad Civil, que los riesgos para hacer responder a un garante, a diferencia del Derecho Sancionador, no tenían por qué ser ilícitos para que el garante tuviera ya que actuar y evitar el daño. Por ello, y aún asumiendo la existencia de ese doble deber, en supuestos en los que el administrador no haya generado dicha situación y haya tenido conocimiento de la misma, debe proceder a cumplir el deber de actuar de manera preeminente cuando uno de los dos deberes responde a un riesgo que deja de ser permitido. Es así, que si la sociedad se sitúa, inesperadamente, en una situación de insolvencia durante el tiempo en el que se está desarrollando una negociación sobre inversión o financiación, el administrador debe resolver esa situación evitando el efecto lesivo para los terceros derivados de la existencia de unos datos económicos que no se corresponden con los

---

<sup>677</sup> SAP Girona (Secc. 1ª) 01/03/2001 - Id Cendoj: 17079370012001100156 “No es de recibo el argumento de la parte recurrente en el sentido de considerar que el hecho de no advertir a la parte demandante sobre las dificultades económicas de la empresa constituye ese acto dañoso, ya que los deberes de lealtad y secreto, efectivamente existentes para los administradores, son debidos a la empresa y no a sus acreedores. Por lo que este motivo tampoco puede prosperar”.

<sup>678</sup> ROXIN, C., Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I: Besondere Erscheinungsformen der Straftat...cit.

<sup>679</sup> JAKOBS, G., Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación...cit., p. 539

inicialmente facilitados. En un contexto similar podemos situar los supuestos en los que las modificaciones de la situación patrimonial aún no conduciendo a la insolvencia, afectarán, previsiblemente, la voluntad del inversor o del financiador a la hora de la toma de su decisión.

## **VII. LA RESPONSABILIDAD POR DEUDAS AJENAS.**

### **A. Particularidades de la estructura de imputación.**

#### *1. El desvalor de la conducta y la finalidad coactiva de la pena. El cumplimiento normativo como objetivo.*

Nuestro ordenamiento contempla una norma de índole muy particular que permite la condena de los administradores al cumplimiento solidario de determinadas obligaciones societarias (art. 367 LSC), cuando aquellos no han cumplido los deberes de promoción disolutiva previstos en el art. 365 y 366<sup>680</sup>. LSC. En estos preceptos la estructura de imputación se establece en torno a un mandato de legislador de llevar a cabo el cumplimiento de determinados deberes (deber de convocatoria de la junta general y deber de solicitar la disolución judicial), surgidos a raíz del acaecimiento de determinadas causas disolutivas, en un plazo preestablecido. En el caso de incumplimiento, se contempla la imposición de una consecuencia jurídica consistente en la obligación de responder de las deudas sociales posteriores a la fecha en la que se produjo el nacimiento de los deberes referidos. Los deberes no van inicialmente ligados a ningún resultado lesivo que deban tratar de evitar sino, como hemos referido, se indica un deber de actuar en un determinado sentido, sin que dicha intervención tenga por propósito enervar resultado directo alguno, que pudiera estar separado espacio-temporalmente de las conductas debidas y, en su caso, omitidas.

Conviene hacer una breve referencia al iter que ha sufrido este régimen jurídico

---

<sup>680</sup> Véase la génesis de la norma en BELTRÁN, E., “La responsabilidad de los administradores por obligaciones sociales, en *La Responsabilidad de los Administradores de las Sociedades Mercantiles*, Valencia 20013, 5ª ed., p. 249 y ss.

en nuestra legislación<sup>681</sup> con el fin de situar la norma en su contexto actual. En la Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea en materia de Sociedades, que se traspasaría al Real Decreto Legislativo por el que se aprobaba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989 de 22 de diciembre, en el que se contenían determinadas causas disolutorias en el art. 260 y la existencia de un régimen de responsabilidad de los administradores por todas las deudas sociales si existiendo determinadas causas disolutorias los administradores no cumplían determinados deberes de promoción de la disolución (convocar la junta para que la sociedad enervara la causa o disolviera la sociedad y, en el caso de que la junta no resolviera el acaecimiento de la disolución, el administrador debía cumplir un nuevo deber consistente en solicitar la disolución judicial).

Es de destacar, porque ha sido la causa disolutoria generalmente considerada, en la aplicación del régimen de los deberes referidos, aquella que contempla la obligación de disolver la sociedad cuando el patrimonio neto fuera mermado, por pérdidas, hasta una cantidad inferior a la mitad del capital social<sup>682</sup>.

El sistema se aplicaba simultáneamente también a las sociedades de responsabilidad limitada, lo que se adecuó normativamente a través de la aprobación de la Ley 2/1995 de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, que regulaba las causas disolutorias que exigían un acuerdo de la Junta para su disolución en el art. 104 LSRL y el mismo régimen de responsabilidad de los administradores en el art.

---

<sup>681</sup> Véase sobre la evolución de la causa disolutoria más aplicada en estos supuestos que es la derivada de la existencia de pérdidas que dejan el patrimonio neto por debajo de la mitad del capital social, en MUÑOZ GARCÍA, A., La causa disolutoria por pérdidas graves, en las sociedades de capital, tras las últimas modificaciones normativas aprobadas por la ley 16/2007 de 4 de julio y el Real Decreto Ley 10/2008, de 12 de diciembre, en RDM nº 270, 2008, p. 1435 y ss.

<sup>682</sup> En virtud del mandato de la Segunda Directiva del Consejo, de 13 de diciembre de 1976 tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades, definidas en el párrafo segundo del artículo 58 del Tratado, con el fin de proteger los intereses de los socios y terceros, en lo relativo a la constitución de la sociedad anónima, así como al mantenimiento y modificaciones de su capital (77/91/CEE) se introdujo en nuestro ordenamiento la causa disolutoria referida, en el art. 260.1.4º LSA del Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas. La redacción de las referida causa disolutoria por pérdidas, para la SA y la SRL, fueron modificadas con motivo de la aprobación de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que mediante las Disposiciones Finales Vigésima y Vigésima Primera, reformó las LSA y LSRL, respectivamente, introduciendo, entre otras cuestiones, una causa idéntica de disolución por pérdidas graves en los arts. 260.1.4º LSA y 104.1.e) LSRL –sin que se produjera modificación alguna en la causa disolutoria por pérdidas prevista para la SLNE, en el art. 142.1.a) LSRL- con la siguiente redacción: “Por consecuencia de pérdidas que dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso conforme a lo dispuesto en la Ley Concursal”.

El régimen de responsabilidad se modificó, posteriormente, con la aprobación de la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España, determinando la responsabilidad únicamente por las deudas posteriores al acaecimiento de la causa disolutoria, si bien <sup>683</sup> se presumía que las obligaciones sociales reclamadas eran de fecha posterior a ese hecho, salvo que los administradores probaran lo contrario. A pesar de la presunción referida, en técnica jurídica, sólo respondían de las obligaciones posteriores a la existencia de la causa disolutoria y no de las anteriores.

Con motivo de la aprobación de la Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea, se modificaron los términos de la causa disolutoria por pérdidas <sup>684</sup>.

El Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, se aprobó el vigente Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital se reguló en un único texto el régimen de las sociedades de capital, uniformando el referido a las sociedades anónimas, limitada y comanditaria por acciones, contemplando en el art. 363 las causas disolutorias que requerían acuerdo de la junta general o resolución judicial, en los arts. 365 y 366 LSC los deberes de promoción de la disolución de los administradores y en el art. 367 el régimen de responsabilidad ya referido. Aunque el régimen de derecho sustantivo no ha

---

<sup>683</sup> Véase sobre la reforma y sus efectos, en MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F. “Responsabilidad de los administradores de sociedades de capital por no promoción de la disolución o el concurso (sobre la retroactividad de la reforma de los arts. 262.5 LSA y 105.5 LSRL). STS 1ª, 9 de enero de 2006 (RJ 2006, 199)”, en *Rds.* número 26, año 2006-1, p. 458 y ss.

<sup>684</sup> La modificación normativa, implicaba la reforma del art. 260 LSA modificando el término “patrimonio” por el de “patrimonio neto”, así como el apartado 1.e) del art. 104 LSRL y el apartado 1.a) del art. 142 LSRL, sustituyendo, en ambos, el término “patrimonio” por el patrimonio neto”, quedando redactadas, en consecuencia, desde esta última modificación, las causas disolutorias previstas por pérdidas graves, en el art. 260.1.4º LSA y art. 104.1.e) LSRL redactadas en los términos siguientes: “Por consecuencia de pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso conforme a lo dispuesto en la 22/2003, de 9 de julio, Concursal”. Posteriormente, el Real Decreto Ley 10/2008, de 12 de diciembre, por el que se adoptan medidas financieras para la mejora de la liquidez de las pequeñas y medianas empresas, y otras medidas económicas complementarias vino a producir una nueva alteración en el régimen jurídico de la causa disolutoria por pérdidas graves (arts. 260.1.4º LSA y 104.1.e) LSRL). , al establecer en su Disposición adicional única un régimen excepcional para el “*Cómputo de pérdidas en los supuestos de reducción obligatoria de capital social en la sociedad anónima y de disolución en las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada*” que determinaba que no se computarán las pérdidas por deterioro reconocidas en las cuentas anuales, derivadas del Inmovilizado Material, las Inversiones Inmobiliarias y las Existencias.

sufrido modificaciones desde la aprobación del Real Decreto Ley por el que se aprobó el Texto Refundido de la LSC, con la entrada en vigor de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal añadió un apartado al art. 50 de la LC estableciendo que los jueces de lo mercantil no admitirían a trámite las demandas, desde que se declarara el concurso hasta su conclusión, en las que se ejercitaran las acciones correspondientes para la reclamación de la responsabilidad por deudas sociales aquí contempladas, derivadas del incumplimiento de los deberes impuestos de concurrir causa de disolución. En este mismo sentido, y en la misma reforma legislativa, se introdujo un nuevo art. 51 bis, que en su párrafo 1 determinaba la suspensión de los procedimientos iniciados con anterioridad a la declaración de concurso, desde que esta se produjera y hasta la conclusión del concurso. Aunque los efectos y problemas de estas normas serán analizadas en la última parte de este trabajo, al examinar las relaciones y coordinación entre las distintas acciones contra los administradores, conviene advertir que desde la apertura del concurso, y hasta su conclusión, se impide el ejercicio judicial de las acciones declarativas (iniciándolas ex novo o suspendiendo su continuación) pero esto no afecta ni a los deberes que pudieran seguir siendo exigibles ni a las responsabilidades que ya se hubieran producido o pudieran producirse durante el concurso si existen deberes que mantienen su incumplimiento.

A efectos de analizar la responsabilidad por deudas ajenas, conviene partir de un análisis de la conducta exigida y cuyo incumplimiento motiva la responsabilidad de los administradores. Éstos deben cumplir determinados deberes (convocatoria de la junta o/y solicitud de la disolución judicial), derivados de la existencia de alguna de las causas disolutorias previstas en el art. 363 LSC<sup>685</sup>, tras constatarse su existencia. Y su incumplimiento conlleva la responsabilidad solidaria, de los administradores, por las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de las correspondientes causas disolutorias. Hay, por tanto, la omisión de unos deberes exigidos y unas consecuencias jurídicas, de índole jurídico-privado que implican colocar a aquel infractor en deudor solidario de una deudas ajenas, sin que esta responsabilidad parezca guardar relación alguna con ningún daño, en particular para los terceros. Primero porque las citadas

---

<sup>685</sup> Sobre la problemática de la posible reactivación de los deberes disolutorios durante el cumplimiento del convenio concursal, véase MARÍN DE LA BÁRCENA, F., “Deberes de promoción de la disolución y convenio concursal. Comentario a la STS (1ª) de 15 de octubre de 2013”, *RDM* nº 292 – 2014 y JUSTE MENCÍA, J., “Disolución por pérdidas graves durante el cumplimiento del convenio y responsabilidad de administradores sociales” en *RDCP* nº 21 – 2014 2007,.

causas disolutorias no conllevan efectos lesivos para sus créditos, cuya responsabilidad solidaria asumiría el infractor, y segundo porque el deber exigido no requiere de ningún resultado como elemento de la conducta tipificada. Es decir, el desvalor de la conducta está en la mera infracción de la acción que la norma tipifica como deber de actuar, de cuya violación dimanará la correspondiente consecuencia jurídica. Es un “no hacer desvalorado”<sup>686</sup> que consiste en abstenerse de realizar aquella conducta que reduce o evita el riesgo para el bien jurídico. Conforme se ha afirmado, la pretensión de esta responsabilidad está en evitar que estas sociedades se mantengan en situación activa existiendo, ope legis una causa disolutoria que obliga a la sociedad a enervarla o a disolverse y entrar en liquidación.

El tema ha sido abordado en numerosas ocasiones por la doctrina y no existe una posición uniforme al respecto sobre dónde ubicar la función y naturaleza de dicha responsabilidad, que sitúa el debate entre la naturaleza sancionadora, la de protección de los intereses de los socios, preconcursal, etc.<sup>687</sup>. A nuestro juicio no existen argumentos

---

<sup>686</sup> GIMBERNAT, E., Estudios sobre el Delito de Omisión, Buenos Aires 2013, p. 2 y ss.

<sup>687</sup> RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. y MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., ...cit., 311 afirman que la función de la responsabilidad solidaria por las deudas sociales, es “ofrecer una garantía adicional a los derechos de crédito de los acreedores sociales”; MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F. ...cit. (2006), p. 470 y ss. afirma que la responsabilidad por deudas carece de carácter sancionatorio, siendo una norma que protege los intereses particulares de los acreedores sociales, lo que impide calificarla de pena civil, “porque no participa de tal naturaleza la norma que determina la adquisición de un derecho o facultad correlativo al deber de prestación o de sujeción que recae sobre el sujeto infractor en protección de los intereses de aquel. La sanción civil con función punitiva determina exclusivamente un efecto negativo para el sancionado, se establece en tutela de intereses generales y normalmente se gradúa en función de lo reprochable de la conducta” BELTRÁN, E., cit. (2013) afirma como las funciones del sistema legal por el que se imponen unos deberes a los administradores y la consiguientes sanción consistente en la responsabilidad por deudas cumple las funciones preventiva-preconcursal, represora-coactiva y paraconcursal; ALONSO ESPINOSA, F., *La Responsabilidad Civil del Administrador de Sociedad de Capital en sus elementos configuradores*, Cizur Menor (Navarra) 2006, p. 14, determina que la responsabilidad del art. 262.5 LSA, D.T.3ª, nº 3 LSA, art. 105.5 LSRL y 108.2 LSRL son supuestos que no persiguen función resarcitoria sino que tienen una “función inductora o preventiva del cumplimiento de ciertas normas, correctoras de sus consecuencias a cargo del patrimonio personal del administrador y, al tiempo, sancionadoras de su infracción”; <sup>687</sup> ESTEBAN VELASCO, G., “Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores frente a los socios y terceros...cit., p. 72; véase en BELTRÁN, E., “La responsabilidad por las deudas sociales...cit., p. 218 y ss. las diferentes funciones de esta responsabilidad (función preventiva, función represora, función paraconcursal y función concursal); recientemente MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., “Responsabilidad de los administradores de sociedades de capital por no promoción de la disolución o el concurso (sobre la retroactividad de la reforma de los arts. 262.5 LSA y 105.5 LSRL). STS 1ª, 9 de enero de 2006 (RJ 2006, 199)”, en *Rds* núm. 26, 2006, p. 469 y ss. niega el carácter sancionatorio de estos supuestos, “más que en un sentido amplio”, en cuanto que se trata de una sanción civil, sin carácter indemnizatorio, con función de garantía de los intereses particulares de los acreedores sociales, pero sin función punitiva, lo que conlleva que “no se pueda calificar como auténtica pena civil...La sanción civil con función punitiva determina exclusivamente un efecto negativo para el sancionado”. Afirma igualmente la finalidad de protección de los acreedores sociales SACRISTÁN BERGIA, F., *La extinción por disolución...cit.*, p. 147 y ss. pero caracterizando la responsabilidad como una sanción. No obstante, BELTRÁN, E., “La responsabilidad de los administradores por las obligaciones sociales”, en *VVAA., La responsabilidad de*



para afirmar que su función sea la estrictamente punitiva o retributiva , propia de la responsabilidad sanción ya que aunque el incumplimiento se produce por parte del obligado a satisfacer el mandato del legislador, la obligación del administrador se puede extinguir con el pago de las obligaciones sociales por la sociedad y, lo que es más relevante, es posible que el deber exigido sea cumplido por cualquier interesado (366.1 LSC), evitando que los obligados incurran en responsabilidad, a pesar de se haya producido el efectivo incumplimiento del deber que les es exigido, lo que aleja a la misma del derecho sancionador *stricto sensu*<sup>688</sup>.

En estos supuestos, la responsabilidad se condiciona a la existencia de la deuda ajena, cuyo nacimiento es siempre posterior al del incumplimiento del deber y cuya responsabilidad se determina por el período en el que el obligado mantiene su actitud obstativa de incumplimiento, cesando su responsabilidad ex post al momento en el que cesa su acción típica y accede a cumplir con el deber exigido, configurándose así una responsabilidad que se dirige, más que a sancionar, a doblegar la conducta del infractor. La responsabilidad no pretende, en estos casos sancionar, sino incentivar a la conducta exigida o disuadir de no llevarla a cabo, pero el cumplimiento del deber omitido, aún tardío, es todavía posible.

Hay que tener en cuenta que en el Derecho Sancionador, la pena se impone porque ya se ha consumado el ataque (bien de riesgo, bien lesivo) al bien jurídico protegido y, con ello se ha producido la violación definitiva de la norma de mandato o de prohibición prevista por el ordenamiento para la protección del bien jurídico,

---

*los administradores de las sociedades mercantiles*, Rojo, A. y Beltrán, E., (dir.), Valencia, 2013, 5ª ed., p 256 y ss. afirma que las funciones que el sistema legal vienen a cubrir son la función preventiva, al proteger al capital social como cifra de garantía de los acreedores sociales; también se daría una función preconcursal para que se continúe actuando en el tráfico y acabe siendo insolvente, para lo que se establece un mecanismo preventivo, lo que se acreditaría en aquel supuesto en el que si existe insolvencia desaparece la causa disolutoria por pérdidas graves; también se daría un función represora “dirigida a conseguir la efectiva disolución de la sociedad –o, al menos, su modificación- cuando concurra cualquier causa legal o estatutaria. La norma no contiene sólo, pues una medida de fomento de la disolución vinculada a la función del capital social, sino también una medida coactiva cuya efectividad se consigue a través de la imposición a los administradores de una responsabilidad legal por las nuevas obligaciones cuando no promuevan oportunamente la disolución de la sociedad, cualquiera que sea la causa concurrente”; también, por último, cumpliría una función paraconcursal.

<sup>688</sup> RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. y MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., ...cit., 310 no reconocen que nos encontremos ante una responsabilidad de naturaleza sancionadora, lo que evita una interpretación restrictiva de la misma; en sentido contrario, parece manifestarse MARTÍNEZ SEGOVIA, F., “La técnica de regulación empleada por la legislación cooperativa en materia de liquidadores, en particular para la determinación de su responsabilidad”, ponencia al Seminario de la Escuela de Estudios Cooperativos, 21 de noviembre de 2003, disponible en [www.ucm.es/info/eec](http://www.ucm.es/info/eec) al afirmar que estamos ante una norma de carácter excepcional, excluyendo cualquier aplicación analógica.

determinando una infracción irreversible. Sin embargo, si apreciamos una responsabilidad como la referida en el art. 363 LSC, el administrador que incumple los deberes allí exigidos aún puede satisfacer el interés del ordenamiento, convocando la junta o solicitando la disolución judicial, aunque lo haga tardíamente. Por ello, la responsabilidad no queda determinada apriorísticamente y los riesgos de que la misma se incrementen dependen de la voluntad obstaculizadora del obligado, si bien, incluso en esos supuestos, como el cumplimiento todavía es viable, su responsabilidad se delimita, en cierta manera, por el propio infractor, que puede no llegar a responder, incluso aunque mantenga el incumplimiento si es que un tercero satisface los deberes exigidos. En su virtud, esta responsabilidad no puede tener naturaleza sancionadora porque, la imposición de la consecuencia jurídica, no responde a una pura función punitiva o retributiva, instrumentalizada para la protección de bienes jurídicos, sino a otros fines que conectados al reproche de la conducta del infractor persiguen objetivos distintos.

No contemplamos, tampoco, que esta responsabilidad pueda pretender otorgar garantías o proteger a los acreedores de determinados riesgos, primero porque la responsabilidad se dirige contra una voluntad obstativa de los administradores a una conducta, cumplir unos deberes de promoción de la disolución societaria cuyo incumplimiento, en principio, nada tiene que ver con las garantías de aquellos acreedores. Pero el segundo motivo, quizás más relevante, es que los deberes de los administradores son promover que los órganos competentes acuerden esa disolución (bien sea la Junta General, bien sea el Juez) sin que tenga ninguna relevancia que del cumplimiento de dichos deberes tuvieran noticia los terceros, a los que, en ese caso, paradójicamente, el cumplimiento les reduciría la calidad de las garantías referidas.

A pesar de que desde algunas resoluciones judiciales o desde alguna postura doctrinal se ha defendido una posible función indemnizatoria, esta no puede aceptarse puesto que las consecuencias derivadas de la omisión, que implica no cumplir con los deberes exigidos, son intrascendentes para la tipicidad. En ningún caso se exige un resultado, como efecto separado espacio-temporalmente con la conducta exigida que se pudiera evitar. Es más, de ninguna de las causas disolutorias referidas se puede derivar la existencia de un daño o de un riesgo de daño en un tercero, muy particularmente de aquellas que se mantienen ajenas a la existencia de una determinada estructura patrimonial. Frente a la causa disolutoria más patrimonializada, la referida a la

existencia de unas pérdidas relevantes, hemos de reiterar algo que ya venimos defendiendo con anterioridad y es que el desbalance nada tiene que ver con la insolvencia, al menos en nuestro ordenamiento, como ya se ha justificado con anterioridad<sup>689</sup>. La conducta se consuma en el mismo momento en el que transcurren los plazos para cumplir con los deberes disolutivos, aunque la norma permite, todavía y hasta que la causa se enerve o se acuerde la convocatoria de la junta o/y se efectúe solicitud judicial de disolución, un cumplimiento tardío, que determinará el día límite del ámbito de responsabilidad del administrador.

*2. La inexistencia de una función indemnizatoria. La irrelevancia del consentimiento del acreedor en la tipicidad del deber.*

En relación con una posible función indemnizatoria, justificante de la responsabilidad por deudas, parte de la doctrina se ha manifestado favorable, abogando por hacerla coherente con los principios que configuran la responsabilidad civil, debiendo reinterpretarse dicha norma en el sentido de presumir la culpa del administrador, respecto del daño sufrido por el acreedor si cuando la sociedad contrajo la obligación se encontraba en causa de disolución.<sup>690</sup> La jurisprudencia tampoco ha sido ajena a esta construcción y ha modificado, en diversas ocasiones, su posición sobre la naturaleza de este tipo de responsabilidad, influida por la institución de la responsabilidad civil indemnizatoria. Si bien es cierto que, inicialmente, esta responsabilidad fue calificada de pena civil, con carácter cuasi objetivo y ex lege, con lo que impide su identificación con la fundada en la responsabilidad por culpa prevista en la LSC (actuales arts. 238 y ss. LSC), ya que no son necesarios ni la relación de

---

<sup>689</sup> MUÑOZ GARCÍA, A. La causa disolutiva por pérdidas graves, en las sociedades de capital, tras las últimas modificaciones normativas aprobadas por la ley 16/2007 de 4 de julio y el Real Decreto Ley 10/2008, de 12 de diciembre...cit., p. 1464 y ss: sobre las relaciones existentes entre la causa disolutiva por pérdidas y la insolvencia en SEQUEIRA MARTÍN, A., SACRISTÁN BERGIA, F. y MUÑOZ GARCÍA, A., ob., cit., p. 2200 y ss.; negando relevancia alguna a la consideración como patrimonio neto de los préstamos participativos en sede concursal, dada su naturaleza de deudas, COLINO MEDIAVILLA, J., Préstamos participativos, en VVAA., La Contratación Bancaria, Sequeira, A., Gadea, E. y Sacristán, F. (dirs.) Madrid 2007, p. 789.

<sup>690</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “El riesgo de ser administrador y el Derecho de Sociedades”, disponible en <http://derechomercantiles.ana.blogspot.com.es/2014/12/el-riesgo-de-ser-administrador-y-el.html> 31 de diciembre de 2014

causalidad ni una negligencia distinta del mero incumplimiento del deber<sup>691</sup>. Sin embargo, la jurisprudencia modificó su criterio posteriormente<sup>692</sup>, ciertamente unánime

---

<sup>691</sup> STS (S 1ª) 20.07.01 - Id Cendoj: 28079110012001102186. “La jurisprudencia de esta Sala viene interpretando y aplicando el art. 262.5 LSA con todo el rigor que se desprende de su texto. Aceptada por la STS 15-7-97 (recurso 2388/93) la naturaleza de pena civil de la responsabilidad solidaria que dicho precepto impone a los administradores, configurada ésta como una responsabilidad cuasi objetiva por la STS 29-4-99 (recurso 3200/94) y entendida desde luego como una responsabilidad "ex lege" por las SSTS 12-11-99 (recurso 803/95), 22-12-99 (recurso 2659/95), 30-10-00 (recurso 3341/95) y 20-12-00 (recurso 3654/95), se rechaza su identificación con la fundada en negligencia, de los arts. 133 a 135 LSA, por no ser necesaria ni una relación de causalidad entre la omisión de los administradores y la deuda social ni una negligencia distinta de la prevista en el propio precepto, que comenzaría en el momento mismo en que los administradores conocen la situación patrimonial y sin embargo no proceden como dispone el art. 262 ( SSTS 29-4-99, 22-12-99, 30-10-00, ya citadas), de modo que la mera pasividad de los administradores traería aparejada su responsabilidad solidaria por las obligaciones sociales a modo de "consecuencia objetiva" ( STS 14-4-00 en recurso 2143/95)”. En este mismo sentido, entre otras la STS (S 1ª) 02.06.08 - Id Cendoj: 28079110012008100421 . “no son premisas de la acción ejercitada -la del art. 262.5 en relación con el 260.1,4º LSA- ni la existencia de un daño o perjuicio, sino de una deuda social, ni la concurrencia de negligencia o culpa por parte del administrador (lo que no obsta a que en determinadas circunstancias pueda resultar excusable la inactividad en principio antijurídica), como tampoco es necesario un especial nexo o relación de causalidad entre la conducta del órgano de administración y el saldo”; o STS (S 1ª) 11.01.13 - Id Cendoj: 28079110012013100011. “Antes de abordar el examen del recurso de casación conviene exponer la doctrina de la Sala sobre los dos extremos traídos a casación y que han sido objeto de numerosas sentencias, entre otras los números 729/2008, de 23 de julio , 312/2010, de 1 de junio , 458/2010, de 30 de junio , 670/2010, de 4 de noviembre , 680/2010, de 10 de noviembre , 669/2011, de 4 de octubre , 942/2011, de 29 de diciembre , 360/2012, de 30 de junio , y las en ellas citadas, a fin de facilitar una respuesta sistemática a las cuestiones planteadas por la recurrente. 1.1. Falta de identidad entre la acción por daño y la responsabilidad por deudas sociales. 27. Entre las acciones de los arts 135 (aplicable a las sociedades de responsabilidad limitada por la remisión contenida en el art 69 de la LSRL ) y 262.5 TRLSA y su equivalente 105.5 de la LSRL (hoy 241 y 6 367.1 TRLSC) existen importantes diferencias ya que, mientras la regulada en el artículo 135 TRLSA responde al clásico esquema de la responsabilidad extracontractual por culpa establecido con carácter general en el artículo 1902 del Código Civil , se refiere a "socios" y "terceros" lesionados por el comportamiento de los administradores, con exigencia de culpa, daño y relación de causalidad, la prevista en el art. 262.5 TRLSA , se refiere a los "acreedores" y a las "deudas" de la sociedad y no requiere daño, relación de causalidad ni reproche de culpabilidad. 28. Por ello, aunque pueden acumularse en una misma demanda -incluso, ser objeto de un solo suplico cuando el daño al socio o tercero coincida con la deuda de la sociedad y el acreedor con el tercero lesionado-, para prosperar requieren la concurrencia de requisitos distintos y deben ser examinadas en sus respectivas perspectivas fáctica y jurídica, en atención a sus específicos regímenes legales. 1.2. Requisitos de la responsabilidad de los administradores por daño directo. 29. Para que los administradores societarios deban responder al amparo de lo dispuesto en el art 135 TRLSA es precisa la concurrencia de los siguientes requisitos: a) acción u omisión antijurídica; b) desarrollo de la acción u omisión por el administrador o administradores precisamente en concepto de tales; c) daño directo a quien demanda; y d) relación de causalidad entre el actuar de los administradores y el daño. 1. 3. Requisitos de la responsabilidad de los administradores por deudas societarias. 30. Para que los administradores societarios deban responder personalmente de las deudas de la sociedad, pese a tratarse de deuda ajena, es preciso el incumplimiento de ciertos deberes que tienen por destinatarios no solo a los socios que les designan, sino también al orden público económico y a los terceros con los que contratan. Entre ellos, cuando la sociedad incurre en pérdidas cualificadas determinantes de la concurrencia de causa legal de disolución, alternativamente, el de promover la liquidación por el procedimiento societario, reorientando el objeto social al reparto entre los socios del remanente existente después de pagadas las deudas sociales; o la adopción 31. Tratándose de los supuestos en los que la sociedad incurre en pérdidas cualificadas determinantes de la concurrencia de causa legal de disolución, la norma impone a los administradores el deber de promover la liquidación por el procedimiento societario, reorientando el objeto social al reparto entre los socios del remanente existente después de pagadas las deudas sociales; o, alternativamente, la adopción de acuerdos dirigidos a remover la causa de disolución concurrente y reconstruir el patrimonio social; o la reducción del capital social restableciendo el equilibrio entre la cifra de capital y el patrimonio, con la necesaria publicidad que ello conlleva; o, si procediere, el solicitar concurso de la sociedad. 32. Para el caso de incumplimiento de tal obligación,

hasta ese momento, estableciendo que aunque dicha responsabilidad pudiera calificarse de “sanción” el régimen no debería separarse, si bien tuviera especificidades, del previsto para la responsabilidad civil, aceptando para exonerar de responsabilidad al administrador la existencia del conocimiento por el acreedor de la situación económica de la sociedad en el momento de la generación del crédito<sup>693</sup>, puesto que se podría

---

dentro del plazo fijado por la norma, tratándose de disolución por pérdidas, era preciso que concurriesen los siguientes requisitos: a) existencia de la causa de disolución prevista en el art. 105.1.e) de la LSRL, a cuyo tenor -[l]a sociedad de responsabilidad limitada se disolverá: [...] e) Por consecuencia de pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso conforme a lo dispuesto en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal”; b) la omisión por los administradores de la convocatoria de junta General para la adopción de acuerdos de disolución, la remoción de sus causas; c) el transcurso de dos meses desde que la concurrencia de la causa de disolución fue conocida o pudo serlo; d) la imputabilidad al administrador de la conducta pasiva; e) inexistencia de causa justificadora de la omisión. 33. No requiere, por el contrario, la existencia de daño o perjuicio a terceros -concepto que no coincide con el de asumir las obligaciones de la sociedad frente a acreedores-, ni, claro está, relación de causalidad directa o indirecta entre el comportamiento omisivo y el supuesto daño. 34. Como ha reiterado la doctrina, se trata de una institución preconcursal por la que los administradores están obligados a promover la disolución y liquidación de la compañía por vía societaria cuando la sociedad aún puede cumplir íntegramente sus obligaciones, sin esperar a que el deterioro del patrimonio la coloque en situación de insolvencia concursal.”

<sup>692</sup> STS (S1ª) 29.05.06 - Id Cendoj: 28079110012006100476 . “La Sala de instancia, valorando prudentemente la posición y la actuación de tal administradora, que desconocía la verdadera situación, que no ha tomado ninguna decisión que genere o incremente el daño, y que sólo ha podido actuar respecto de una situación generada con mucha anterioridad y que alcanzaba el grado de “caótica” entre el 17 de octubre y el 11 de enero siguiente (menos de tres meses), decide que no cabe establecer su responsabilidad. Y esa decisión, tanto si se considera la acción entablada en base al artículo 262.5 LSA desde la perspectiva de la responsabilidad civil cuanto desde la idea de “sanción”, ha de ser sostenida. A parte de que la reiterada calificación como “sanción”, en gran parte de las Sentencias de esta Sala en las que se ha empleado esta expresión, (tales como las de 3 de abril de 1998, 20 de julio de 2001, 20 de octubre y 23 de diciembre de 2003, 26 de marzo de 2004, 16 de febrero de 2006) evoca no tanto la idea de “pena” (a veces, se la denomina “pena civil”, precisamente para diferenciarla de la expresión paralela en el Derecho penal) cuanto el concepto de una reacción del ordenamiento ante el defecto de promoción de la liquidación de una sociedad incurso en causa de disolución que no requiere una estricta relación de causalidad entre el daño y el comportamiento concreto del administrador, ni lo que se ha denominado un “reproche culpabilístico” que hubiera que añadir a la constatación de que no ha habido promoción de la liquidación mediante convocatoria de Junta o solicitud judicial, en su caso (o, después de la reforma operada por la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, solicitud de declaración de Concurso), ni una negligencia distinta de la prevista en el propio precepto del artículo 262.5 LSA ( Sentencias de 1 de marzo de 2004, de 26 de marzo de 2004, 20 de octubre y 23 de diciembre de 2003, 20 y 23 de febrero de 2004, entre otras). Pero esta idea de “sanción” no excluye que, si bien con rasgos muy específicos, no haya de alejarse el operador jurídico, al interpretar y aplicar las normas en examen, del territorio de la responsabilidad civil, pues de otro modo no se explica que se imponga a los administradores una “responsabilidad solidaria” por las obligaciones sociales, sobre todo cuando la sociedad puede hallarse incurso en causas de disolución que no impliquen riesgo de especie alguna para el buen fin de los créditos que ostenten frente a ella los acreedores.

<sup>693</sup> STS (S 1ª) 16.02.06 - Id Cendoj: 28079110012006100141. “Este sistema de responsabilidad, que deriva de los arts. 262.5 TR LSA y 105 LSRL considerado extremado por algún sector de la doctrina, no exige relación causal con el resultado producido ni concurrencia de culpa en el administrador responsable, en el sentido de falta de previsión del daño, ya que éste no se precisa. Sin embargo, la doctrina defiende la posibilidad de aplicar a esta responsabilidad la cláusula de exoneración del art. 133 TR LSA, adaptado a las características del supuesto, aproximándolo de este modo a la aplicación de las reglas generales de imputabilidad y, en idéntico sentido, esta Sala también tiene declarado que el fundamento de la responsabilidad del administrador o administradores -que respecto de las sociedades de responsabilidad limitada se consagra en el apartado 5 del artículo 105 de la LSRL - no concurre en el caso de que el

entender que esta responsabilidad tendría su justificación en el error que a un determinado tercero se le genera sobre la existencia de la situación patrimonial.

A nuestro juicio, estos argumentos, que pretenden acercar e incluso integrar el régimen de la responsabilidad por deudas del art. 367 LSC, en el régimen de responsabilidad civil parten de una situación inidónea para acomodar ambas responsabilidades, porque, de un lado, las estructuras que delimita la Ley son claramente diferentes y, de otro, porque si así fuera, y el fundamento de esta responsabilidad estuviera en el error generado en los administradores, esto quedaría resuelto con la aplicación del régimen de responsabilidad civil indemnizatorio previsto en la LSC. No obstante, es cierto que podríamos encontrarnos con situaciones de lege ferenda en las que el legislador presumiese la negligencia o la imputación a partir de determinados supuestos de infracción pero creemos que, de lege lata, no es el caso. Si se utilizan adecuadamente las estructuras de imputación propuestas en este trabajo para la responsabilidad civil se comprobará que no es posible acomodar la responsabilidad por deudas en la

---

acreedor, en el momento de concertar la deuda, conoce la situación económicamente precaria o en bancarrota de la sociedad. La STS de 16 de octubre de 2003 declara que «puede existir la responsabilidad de dichos administradores cuando se incumple la obligación de convocar junta general para tomar las decisiones legales oportunas en torno a una posible disolución de la sociedad cuando concurra alguna de las circunstancias del artículo 260 de dicha Ley y siempre que afecte a terceros. Pues bien, en su caso, esta responsabilidad solidaria *6 sui generis* antedicha, tiene su fundamento o ratio, en que con su conducta omisiva los administradores han inducido a error a un determinado tercero contratante con el ente social, que creyendo en una situación normal desde un punto de vista económico y financiero de la sociedad, ha realizado operaciones mercantiles con él, llevándose con el transcurso del tiempo una desagradable sorpresa que afecta gravemente a su posición patrimonial por mor de dicha contratación.», En el mismo sentido, la STS (S 1ª) 22.11.06 - Id Cendoj: 28079110012006101173. “Ahora bien, esta caracterización de la responsabilidad no empece a que los principios del sistema que rigen en nuestro ordenamiento jurídico, y en especial la necesaria conexión entre las responsabilidades de la Ley de Sociedades Anónimas y las reglas generales de los artículos 1902 y siguientes del Código Civil -y la jurisprudencia que los desarrolla-, determinen la necesidad de templar su apreciación y consecuencias, en razón de la valoración de la conducta de los responsables atendiendo a las circunstancias de carácter objetivo y subjetivo concurrentes; y así, esta Sala ha considerado relevante para mitigar el rigor del régimen de los artículos 262-5º de la Ley de Sociedades Anónimas y 105-5º de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y para exonerar de responsabilidad al administrador el conocimiento del acreedor reclamante de la situación económica de la sociedad en el momento de la generación del crédito -Sentencias de 16 de febrero y de 28 de abril de 2006 , del Pleno-, y, en términos más amplios, su actuación contraviniendo las exigencias de la buena fe -Sentencia de 12 de febrero de 2003 -, la solvencia de la sociedad o la existencia de créditos compensables de la sociedad frente a los acreedores que reclaman -Sentencia de 28 de abril de 2006 , del Pleno-; y se ha atendido también al hecho de que los administradores, aun cuando deban soportar la carga de la prueba, demuestren una acción significativa para evitar el daño, lo que se ha de valorar en cada caso - en este sentido, vid. Sentencia de 28 de abril de 2006 , de Pleno-, o que se encuentren ante la imposibilidad de evitarlo, por haber cesado antes de que se produzca el hecho causante de la disolución -Sentencias de 28 de abril de 2006, de Pleno, y de 26 de mayo de 2006 , entre las más recientes-, o, en términos generales, por haberse encontrado ante una situación ya irreversible -Sentencia de 28 de abril de 2006 -. Todos estos casos, expuestos a título meramente enunciativo, contemplan -en palabras de la Sentencia de 26 de junio de 2006 - situaciones que resultan incompatibles con el concepto de responsabilidad, entendido con arreglo a los requisitos de la responsabilidad extracontractual en general.”

responsabilidad civil indemnizatoria, si bien, antes de proceder a un análisis de las normas en este sentido, queremos hacer un inciso sobre la existencia de una responsabilidad muy similar a esta, en cuanto a su estructura y consecuencias que aleja cualquier atisbo de estructura indemnizatoria de este tipo de responsabilidades y que nos servirá de apoyo a nuestro análisis posterior.

En el art. 14 LSC, se establece la responsabilidad solidaria, por las deudas sociales, del socio único si transcurridos seis meses desde la adquisición de la unipersonalidad sobrevenida no se ha hecho constar esta circunstancia en el Registro Mercantil, determinándose que, una vez que se inscriba, el socio no responde de las deudas posteriores. Como puede apreciarse, la estructura del deber y de las consecuencias es muy similar al supuesto referido de responsabilidad por deudas de los administradores. Se establece un mandato, cuya omisión genera la misma responsabilidad que la prevista en el art. 367 LSC –las deudas sociales, solidariamente con la sociedad- y dicha responsabilidad cesa cuando el deber es cumplimentado, manteniéndose, a pesar del cumplimiento tardío, la responsabilidad por las deudas contraídas durante el período de incumplimiento.

Esta responsabilidad sirve para incentivar la publicación registral de la unipersonalidad, es decir, el deber exigido inicialmente y cuyo cumplimiento se ha omitido y, a esos efectos, se atribuye al socio único, que no al administrador, la condición de responsable de las deudas sociales<sup>694</sup>, lo que no deriva de su condición de socio<sup>695</sup> sino del incumplimiento de dicho deber. La existencia de la unipersonalidad societaria en nada

---

<sup>694</sup> JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J. y DÍAZ MORENO, A., “Sociedad Unipersonal de Responsabilidad Limitada”, en VVAA. *Comentarios al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles*, Uría, R., Menéndez, A. y Olivencia, M. (dirs.), Madrid 2001, t. XIV, vol. 5º, 2ª ed., p. 263 afirman que lo que se quiere es que los terceros conozcan la unipersonalidad y “para incentivar que se produzca la publicación registral, se conectan con el incumplimiento de la obligación establecida al efecto severas consecuencia”; BOQUERA MATARREDONDA, J., “Artículo 129” en VVAA. *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Arroyo, I. y Embid. J.M. (coords.), Madrid 1997, p. 1264 afirma que estamos ante un medio muy potente para “animar al socio único a que inscriba” y lo califica de sanción

<sup>695</sup> ALONSO UREBA, A., “La 12ª Directiva comunitaria en materia de Sociedades relativa a la sociedad de capital unipersonal y su incidencia en el Derecho, doctrina y jurisprudencia española, con particular consideración en la RDGRN de 21 de junio de 1990”, en VVAA. *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en Homenaje a José Girón Tena*, Madrid 1991, p. 86, afirma que no podría establecerse, por el legislador sanción alguna que cesara el beneficio de responsabilidad limitada del socio único ya que el art. 2.2. de la Directiva requiere una interpretación restrictiva a supuestos que alteren el régimen general propio de este tipo societario; JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J. y DÍAZ MORENO, A., “Sociedad Unipersonal de Responsabilidad Limitada”, en VVAA. *Comentarios al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles*, Uría, R., Menéndez, A. y Olivencia, M. (dirs.), Madrid 2001, tomo XIV, vol. 5º, 2ª ed., p. 251 y ss. afirman la compatibilidad del art. 129 LSA con la Directiva, al no imponerse la responsabilidad en función de la concurrencia en el socio de esa cualidad.

altera la estructura patrimonial, sin que ello afecte a las garantías del tercero que es el que se ve afectado por la consecuencia jurídica derivada de la imposición de la responsabilidad por las deudas sociales. Esto se manifiesta claramente si tenemos en cuenta que si bien es exigible la inscripción de la unipersonalidad, no lo es, o al menos no hay deber específico, que conlleve consecuencias ad hoc, para los supuestos de pérdida de la unipersonalidad, que conllevarían incluso a la inexistencia de responsabilidad alguna si ese hecho acontece antes del final del plazo previsto para inscribir la unipersonalidad<sup>696</sup>. Es decir, si la responsabilidad tuviese algo que ver con daños imputables, la responsabilidad sería exigible si dentro del plazo previsto para la inscripción se generase algún daño sobre el tercero cuya deuda asume abonar solidariamente el socio, con independencia de que cuándo se inscribiese la unipersonalidad, o si finalmente la misma se enervara, al integrarse una pluralidad de socios con carácter previo al vencimiento de los seis meses previstos para el cumplimiento del deber inicialmente omitido. Por eso hemos traído este supuesto a colación, ya que no se podría entender qué relevancia tendría el socio en la generación de las deudas sociales y por qué razón habría de responder de ellas, si en tal condición no ostenta el control de los riesgos y no contrae las deudas. De lo contrario, si se imputan daños al socio por su mera condición, estaríamos afectando la limitación de la responsabilidad limitada del socio, por ostentar esta condición, lo que sería contrario a la 12ª Directiva<sup>697</sup>.

No puede obviarse, además, la necesidad del requisito de la capacidad de acción para hacer exigible el cumplimiento de un deber, cuyo incumplimiento conlleve una omisión ilícita y que, en este supuesto, se determina legalmente, ya que como al socio único se le hace responder de la no inscripción de la unipersonalidad, se encuentra legitimado (arts. 108 y 109, por remisión de los arts. 174 y 203, todos del RRM) para otorgar la escritura donde se documente la declaración de unipersonalidad. Esto justifica que hallamos utilizado este régimen normativo, como ejemplo, para mostrar que la coerción a realizar una conducta, en este caso inscribir la unipersonalidad, sólo

---

<sup>696</sup> JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J. y DÍAZ MORENO, A., “Sociedad Unipersonal de Responsabilidad Limitada...cit., p. 262 afirman que si se reconstituye la pluralidad de socios, antes del transcurso del tiempo, el antiguo socio no asume responsabilidad alguna, aunque siga sin inscribirse la unipersonalidad. BOQUERA MATARREDONDA, J., “Artículo 129...cit., p. 1263 afirma que no se prevé ninguna sanción por no inscribir la recuperación de la pluralidad de socios, a pesar de ser relevante para el socio, la sociedad y los terceros.

<sup>697</sup> En este sentido entendemos la posición de ALONSO UREBA, A., “La 12ª Directiva comunitaria en materia de Sociedades relativa a la sociedad de capital unipersonal y su incidencia en el Derecho, doctrina y jurisprudencia española, con particular consideración en la RDGRN de 21 de junio de 1990...cit., p. 86.



puede ejercerse sobre quien puede cumplirla, porque lo relevante para el ordenamiento es el cumplimiento del deber exigido. El que dicha coerción consista en una multa o en la imposición de una deuda frente a un tercero es irrelevante, porque lo que tiene importancia es que quien omite el deber exigido tenga incentivos a cumplirlo. Por ello, el tercero que se beneficia no puede, a través del consentimiento, exonerar de dicho cumplimiento, porque la sanción civil consistente en que el infractor responda de unas deudas ajenas no persigue tutelar a esos acreedores, sino doblegar la conducta infractora.

En su virtud, la razón fundamental por la que el art. 367 LSC no puede albergar estructuras de imputación propias de la responsabilidad civil indemnizatoria, además de la desconexión de la conducta exigida con la imputación jurídica de un determinado resultado<sup>698</sup>, está en sede de imputación o de antijuridicidad. Este argumento se justifica en la inconsistencia derivada de la aplicación de la doctrina jurisprudencial, ya referida, que acepta la exoneración de la responsabilidad del administrador en función del conocimiento por el acreedor de la situación económica de la sociedad en el momento de la generación del crédito, que no se produciría si el acreedor tenía conocimiento del riesgo derivado de la existencia de la causa disolutiva por pérdidas graves (la jurisprudencia que postula esta posición parte de supuestos relativos a esta causas disolutiva).

Asumir una interpretación de la norma en el sentido de aceptar que el administrador no responda si el tercero conocía -y, por tanto, entendemos que se presume que otorgó su consentimiento-, la existencia de la causa disolutiva correspondiente, en particular la derivada de la existencia de pérdidas graves, sin que se hubiera convocado la Junta o se hubiera solicitado la disolución judicial es, por los argumentos referidos, equivocado. La posible existencia de una causa de justificación de la conducta del administrador - o incluso de atipicidad si el consentimiento fuera ya relevante en este momento-, sobre el que recae el correspondiente deber -cuyo incumplimiento es fuente de la responsabilidad analizada, en virtud del consentimiento de los particulares beneficiados por la garantía del administrador-, no es aceptable por dos razones: (i) la irrelevancia de la existencia de deudas sociales para la tipicidad de la

---

<sup>698</sup> SACRISTÁN BERGIA, F., “La naturaleza de la responsabilidad de los administradores por no promoción de la disolución (SAP de Zaragoza de 8 de julio de 1995)...cit., p. 273 niega la necesidad de causalidad puesto que de lo contrario dicha responsabilidad no tendría sentido, ya que si fuese una responsabilidad por daños ello ya está contemplado en el art. 135 LSA.

conducta exigida,; (ii) la irrelevancia del consentimiento del tercero en relación con la conducta.

(i) No hay discrepancia de que en esta materia nos encontramos ante una responsabilidad por deudas ajenas, las de la sociedad, por el incumplimiento de un deber formal, por parte de los administradores, derivado de la obligación de cumplir con los deberes disolutorios, como instrumento coercitivo hacia aquéllos, con el fin de incentivar su cumplimiento.. La responsabilidad del administrador no es por daños causados a los terceros sino por las deudas contraídas por la sociedad, con total independencia de cuál sea la solvencia de ésta, sin perjuicio de que, por razones lógicas, el mayor reproche devenga para el responsable si la sociedad deviene en insolvente, permitiendo a los acreedores reclamarle el importe de sus créditos aunque las sociedad los pudiera pagar total o parcialmente. Es por lo tanto, una responsabilidad ajena a la causación de daños (puede devengarse en estado de plena solvencia y hacerse efectiva cuando ésta desaparece) y que ha de incardinarse, en el marco de las relaciones jurídico-privadas, de carácter patrimonial y no personal. La existencia de esa responsabilidad de las deudas ajenas, las de la sociedad que administra, es una consecuencia por la omisión del deber exigido. Este es presupuesto de aquellas pero que como tal es previo y preexistente a la imposición de las consecuencias referidas. La existencia, o no, de deudas sociales, no tiene relevancia para la existencia del deber por mucho que, al perderse el incentivo represivo, el infractor no se vea constreñido. El deber de promover la disolución mantiene su vigencia desde la aparición de la causa de disolución (arts. 365 y 366 LSC), incondicionalmente, y por ello, su condición de ilícito societario y su caracterización de conducta antijurídica. La existencia de deudas sociales condicionará la responsabilidad pero su inexistencia no afecta al deber exigido, cuya omisión seguirá siendo un ilícito típico y antijurídico, aunque no se pueda imponer la pena. Este reconocimiento de la antijuridicidad conlleva un efecto clave y es que, en su caso, el infractor responderá también civilmente de los daños que le sean imputables<sup>699</sup>, entre ellos los ya referidos, en sede responsabilidad civil de los administradores, relativos a los supuestos en que al acreedor o al inversor se le omite información relevante para que pueda proceder a realizar la financiación o inversión en la sociedad.

---

<sup>699</sup> SACRISTÁN BERGIA, F., “La naturaleza de la responsabilidad de los administradores por no promoción de la disolución (SAP de Zaragoza de 8 de julio de 1995)”, *Rds*, 1996, p. 2 afirma que el régimen general de responsabilidad de los administradores para proteger a los acreedores era insuficiente en cuanto las mismas, con frecuencia, desaparecían sin disolución ni liquidación.

(ii) En segundo lugar, y a nuestro juicio, la razón más determinante, es la consideración sobre la relevancia o no del consentimiento del tercero en relación con el deber de promover la disolución. Este deber es impuesto por el ordenamiento y no protege intereses particulares sino generales, consistentes en la desaparición de sociedades incursas en causas de disolución<sup>700</sup>. La autorización del acreedor, que supuestamente devendría de su conocimiento de la causa disolutoria, implicaría la inexistencia del deber de promover la disolución y con ello la legitimación de la actuación del administrador que omite la conducta inicialmente exigida. Por el contrario, incluso en el supuesto de que ninguna obligación se devengue con posterioridad a la situación de acaecimiento de la causa disolutoria, el deber de disolver se mantiene, ya que el mismo no se condiciona a razón alguna de carácter patrimonial. La obligación del administrador se deriva de la existencia de una situación no deseada por el legislador, ante la que establece determinados mandatos para enervarla o promover el proceso extintivo de la sociedad, con independencia de que existan obligaciones o no y con independencia de que se vayan a contraer en el futuro. A diferencia del régimen de derecho de daños, aquí el consentimiento del acreedor no justifica el incumplimiento inicial de un deber, ya que aquí el desvalor no es sobre el resultado sino sobre la acción exigida que es requerida en protección de intereses supraindividuales. El deber impuesto al administrador se mantiene incluso en el supuesto de que todos los acreedores estuvieran de acuerdo en dicho incumplimiento<sup>701</sup>. La antijuridicidad no se soslaya y, en consecuencia, a pesar del consentimiento expreso o tácito del acreedor, que aún conociendo la existencia de la causa disolutoria, contratase con la sociedad, porque él carece de legitimidad alguna para enervar el deber exigido. No es óbice a esta conclusión el que a pesar de existir las referidas responsabilidades, la solidaridad por las deudas sociales, el acreedor no haga efectiva la obligación sobre el patrimonio del administrador, porque lo abone la sociedad o porque se condone o prescriba la deuda, o incluso porque el administrador sea insolvente y no pueda aquella abonarse porque, de

---

<sup>700</sup> ESTEBAN VELASCO, G., “Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores frente a los socios y los terceros: acción individual y acción por no promoción o remoción de la disolución” en *Rds*, 1995, núm. 5, p 68 afirma que la responsabilidad se establece como medio de garantía para la eficacia de las causas disolutorias; BELTRÁN, La Disolución de la Sociedad Anónima, Madrid 1991, afirma que se trata de una medida de política legislativa tendente a conseguir la disolución efectiva de la sociedad. Conforme SUÁREZ-LLANOS GÓMEZ, L., “La responsabilidad por deudas de los administradores de la Sociedad Anónima...cit., p. 2487

<sup>701</sup> EIZAGUIRRE, J.M., “”Arts. 261 y 262 LSA...cit., p. 81 afirma que el deber de promoción de la disolución está en que a ellos, los administradores, les corresponde, primariamente, la convocatoria de la Junta pero también en su privilegiado conocimiento de la existencia de la causa disolutoria.

lo contrario, igual conclusión podría extraerse de la condena penal o administrativa pecuniaria que queda incumplida.

La consecuencia que impone el ordenamiento se produce *ipso iure* con el incumplimiento, al margen de que finalmente, la misma puede hacerse efectiva con cargo al patrimonio del deudor. La mera posibilidad de la responsabilidad es la que implica ya el mecanismo incentivador de la conducta del administrador para procurar la promoción de la disolución o su enervación, puesto que él mismo tiene plenas competencias para el cumplimiento del deber<sup>702</sup>. La posible posterior condonación de la deuda es un instrumento de extinción de la deuda que, como tal, preexiste a ese momento extintivo, porque sólo se puede condonar lo que ya existe previamente, y que para el deudor tiene un coste, aunque no lo sea de carácter monetario y pueda ser social, familiar, reputacional, moral, económico no monetario, etc. El ordenamiento utiliza las obligaciones posteriores al período otorgado para impulsar al administrador a cumplir con el deber exigido. Por ello, dejar la antijuridicidad de la conducta, que no de la deuda contraída, en manos del propio tercero implica una severa confusión entre los intereses protegidos y los intereses favorecidos por la norma. Son todos los intereses en juego los que se han de proteger, aunque para ello, después de establecer el consiguiente deber, se favorezca a determinados sujetos con la garantía del patrimonio del infractor para, precisamente, conseguir de éste la conducta deseada. No puede el favorecido servir de coartada para el incumplimiento normativo del obligado legalmente, diluyendo el deber establecido en protección de intereses no individuales, porque el interés protegido no es sólo el suyo. La finalidad de la responsabilidad no es proteger a terceros frente a riesgos de insolvencia de la sociedad<sup>703</sup>, como lo acredita la existencia de múltiples causas

---

<sup>702</sup> SEQUEIRA MARTÍN, A., “La eficacia de las causas de disolución en la sociedad anónima según la Ley de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea en materia de sociedades y su regulación en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas”, en VVAA. *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en Homenaje a José Girón Tena*, Madrid 1991, p 1053 y ss. afirma que la existencia del supuesto de disolución no genera limitaciones de competencia de los administradores, aunque tal limitación hasta la celebración de la junta hubiese constituido una garantía frente a la sociedad y frente a los propios terceros.

<sup>703</sup> MARIN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., “Responsabilidad por deudas y derecho de daños. STS (Sala de lo Civil) de 5 de diciembre de 2007 (RJ 2007, 8899)...cit., p. 409 defiende la exoneración porque estos acreedores habrían aceptado la exposición al riesgo de insolvencia de la sociedad, que es lo que protegería la norma que fundamenta la responsabilidad, a lo que el autor no puede evitar añadir que “El que concede crédito a una sociedad en crisis lo hace “a propio riesgo” y si sufre un daño sería objetivamente imputable a su propio comportamiento (competencia de la víctima)”; en sentido contrario BELTRÁN, E., “La responsabilidad de los administradores por las deudas sociales...cit., p. 277 que dice que podrían haber contratado en base a la confianza de que había responsabilidad de los administradores.

disolutorias<sup>704</sup>, sin carácter económico, o el hecho de que precisamente la insolvencia enerva la causa disolutoria por pérdidas (art. 363.1.e) LSC). Traer a colación el consentimiento del acreedor, como autorización para la realización de la lesión a través de su voluntad de contratar implica reconocer la legitimación al acreedor para autorizar el incumplimiento de los deberes. La responsabilidad jurídica se devenga aunque luego la misma se extinga por condonación o prescripción, generando, en no pocas ocasiones, responsabilidades de otra índole diferente. Es, por todo ello, por lo que a nuestro juicio, la auténtica finalidad de esta responsabilidad se debe encontrar en función de esa fuerza coactiva sobre la conducta del infractor para doblegar su oposición y hacer que cumpla con el deber exigido.

### *3. La naturaleza coercitiva de la responsabilidad.*

Dado que, como hemos afirmado anteriormente, la naturaleza de esta responsabilidad, de los administradores por deudas ajenas, no se corresponde ni con la responsabilidad civil indemnizatoria ni con una sanción civil<sup>705</sup>, hemos creído conveniente configurar una categoría distinta en la que parece puede alojarse esta responsabilidad por deudas, que si bien se desenvuelve en el marco de las relaciones jurídico-privadas puede guardar una estructura similar a otras, aún de naturaleza jurídico-pública que responden al mismo esquema de infracción de un deber de posible cumplimiento tardío que conlleva consecuencias patrimoniales desfavorables, que se incrementan a medida que se retrasa el cumplimiento del deber exigido, ejerciendo una coacción sobre el administrador a través de la amenaza de la responsabilidad<sup>706</sup>. En este

---

<sup>704</sup> RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D. y HUERTA BISECA., M.I., *La Responsabilidad de los Administradores por las Deudas de las Sociedades de Capital...*cit., p. 267 y ss. afirman que este régimen se aplica en las causas disolutorias previstas en el art. 260 LSA y no es exclusivo de la causa por pérdidas, que es con la única con la habría relación con posibles insolvencias, por lo que no es necesario que haya daño, sino que responden por su ilícito actuar.. En sentido contrario, SUÁREZ-LLANOS GÓMEZ, L., “La responsabilidad por deudas de los administradores de la Sociedad Anónima...”cit., p. 2488 afirma que la responsabilidad sólo estaría ligada a la causa disolutoria por pérdidas y a situaciones de inviabilidad de de realizar el fin social derive de un desequilibrio financiero o de infracapitalización material, porque de lo contrario dice “¿Qué presión puede ejercer esa medida si los administradores conocen que no van a responder personalmente porque la sociedad tiene bienes más que suficientes con los que responder?”.

<sup>705</sup> MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., “Responsabilidad de los administradores de sociedades de capital por no promoción de la disolución o el concurso (sobre la retroactividad de la reforma de los arts. 262.5 LSA y 105.5 LSRL). STS 1ª, 9 de enero de 2006 (RJ 2006, 199)...cit., p. 470 acepta que se le denomine sanción civil en sentido amplio como consecuencia jurídica y que no tiene carácter indemnizatorio

<sup>706</sup> ROJO, A., “Los deberes legales de los administradores en orden a la disolución de la sociedad de capital como consecuencia de pérdidas...”cit., p. 1450 afirma que “La norma no contiene una medida de

sentido, partir de las denominadas “multas coercitivas” nos ha parecido un buen referente.

La responsabilidad de la que versa este sistema de promoción de la disolución societaria no se puede residenciar en sede de punición de la conducta de los administradores, sobre los que recayera el orden jurídico por no haber puesto a la sociedad en estatus jurídica de disuelta sino que estamos ante un instrumento que pretende la disolución efectiva de la misma, es decir ante una norma coercitiva<sup>707</sup> que persigue forzar a los administradores al cumplimiento de los deberes exigidos cuando acontece la causa disolutoria que no opera *ipso iure*. La pretensión del legislador no es la represión de la conducta del administrador, sino forzar el cumplimiento, aún tardío de los deberes exigidos, instando la promoción de la disolución e impulsando a proceder conforme a Derecho, no sólo en el plazo requerido de los dos meses posteriores al acaecimiento de la causa disolutoria, sino en el plazo posterior a este último hasta que el deber sea cumplido. A mayor tiempo transcurrido, mayor responsabilidad y está no se impondrá en el futuro, tras la violación normativa, sino en función de las obligaciones que se contraigan, tras el vencimiento del plazo exigido para el cumplimiento de unos deberes exigidos y no ejecutados.

El legislador lo que pretende es evitar las disoluciones de hecho o evitar la permanencia activa de sociedades incursas en causa de disolución, pero no castigar a los infractores, lo cuál únicamente puede llevarlo a cabo mediante el establecimiento de un deber de disolución, cuya promoción se atribuye a los administradores societarios. A éstos les hace responsables si no se cumplen los deberes exigidos, con independencia del posible resultado que derive de dicho incumplimiento, aunque dicha responsabilidad sólo se genera si existen obligaciones sociales, y tras la reforma de 2005, sólo si las mismas se contraen tras la existencia de la causa disolutoria (art. 367.2 LSC).

## **B. El régimen jurídico de las penas coercitivas de carácter jurídico-privado. Supuestos en el Derecho Español.**

---

fomento de la disolución...sino una medida coactiva cuya efectividad se consigue a través de esa amenazante responsabilidad legal...Se impone así a los administradores una sanción civil”.

<sup>707</sup> MACHADO PLAZAS, J., *Pérdida del Capital Social y Responsabilidad de los Administradores por las Deudas Sociales*, Madrid 1997, p. 311

Los deberes de los administradores exigen realizar una determinada conducta, para enervar la causa disolutoria o que la sociedad se disuelva. Esos deberes no se infringen irreversiblemente, sino que permiten un cumplimiento tardío. Para promover que la norma sea satisfecha el legislador utiliza instrumentos a su alcance que no pretenden sancionar, sino lograr que el infractor terminen cumpliendo lo exigido, decayendo la infracción. Para ello, se pueden utilizar instrumentos jurídico-públicos, como la multa, pero también jurídico-privados, como la asunción de un crédito ajeno. En ambos casos, esa consecuencia jurídica sólo es un instrumento al servicio de una finalidad que, en relación con las responsabilidades previstas en el art. 367 LSC, puede configurarse como coercitiva, puesto que permite forzar la voluntad del administrador al cumplimiento.

#### *1. Delimitación frente a la sanción.*

Se define<sup>708</sup> a la sanción administrativa como «cualquier mal infringido por la Administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal a resultas de un procedimiento administrativo y con una finalidad puramente represora». Es decir, la finalidad represora, o más bien la naturaleza punitiva<sup>709</sup>, caracteriza antológicamente a la sanción y la diferencia con la multa coercitiva en cuanto que esta última no persigue el castigo del infractor del ordenamiento sino vencer su incumplimiento<sup>710</sup>, frente a la sanción que ya parte del mismo y le castiga por la consumación de la infracción como represión, muestra del *ius puniendi* del estado, con las obvias finalidades preventivas propias del Estado de Derecho. Recordemos que el alcance del *ius puniendi* abarca todo el derecho sancionador, aunque el mismo sólo se haya expresado refiriéndose al Derecho Penal y al Derecho Administrativo Sancionador<sup>711</sup>. Hay así que partir de que la coerción no es una sanción.

La pena se impone para motivar al cumplimiento concreto y actual del ordenamiento cuya defensa motiva la imposición de la responsabilidad como amenaza

---

<sup>708</sup> PARADA, R., *Derecho Administrativo, Tomo I, Parte General*, Madrid 2002, 13ª ed., p. 498. En términos similares GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, tomo II, Cizur Menor (Navarra), 2006, 10ª ed., p. 165

<sup>709</sup> En la ST 21 de febrero de 1984 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Caso Ozturk), citada por Parada p. 501 se afirma que “La sanción administrativa, lo mismo que la penal, trata a la vez de prevenir y reprimir, sin que, por último, haya ninguna razón para pensar que la infracción penal en el sentido de la Convención implique necesariamente un cierto grado de gravedad”

<sup>710</sup> PARADA, R., *Derecho Administrativo...cit.*, p. 498

<sup>711</sup> STS (S. 3ª) 04.06.86.- RJ 1986\4612

sobre el sujeto que puede cumplir todavía. La coerción es punición con carácter instrumental para lograr, aún el respeto del ordenamiento y, por ello, no cumple fin represivo<sup>712</sup>. Sus requisitos esenciales son la tipicidad de la sanción (art. 99 LRJAP y el art. Artículo 699 LEC)<sup>713</sup> y consiguiente antijuridicidad (ausencia de justificación de la conducta que motiva la coerción); y la advertencia de la sanción. Se requiere que la Administración la anuncie de manera previa al particular, que tendrá la posibilidad de poner fin a la conducta incumplidora con la ejecución de la obligación no cumplida. Ello exige un apercibiendo directo y personal previo a la infracción<sup>714</sup> que derivaría de la exigencia del art. 95 LRJAP al contemplar como elemento el “previo apercibimiento”; el incumplimiento de la norma tras el apercibiendo del particular<sup>715</sup>; la culpa<sup>716</sup>, lo que exige la posibilidad para el requerido de realizar lo ordenado en el plazo determinado<sup>717</sup>.

Si la finalidad de la coerción es realizar un determinado deber, no tiene sentido alguno imponer una multa coercitiva<sup>718</sup> si el incumplimiento no es culpable, puesto que se pretende el cumplimiento de una obligación inicialmente incumplida<sup>719</sup>. Por ello, parece viable un cumplimiento tardío de lo exigido que exoneraría de la multa coercitiva<sup>720</sup>, puesto que la comisión infractora quedaría cumplimentada con la conducta que resuelve el objetivo normativo, siempre que la misma se pudiera cumplir antes de la resolución firme sancionatoria. El interés del Derecho se vería satisfecho, cumplido, y como no existe la sanción hasta la resolución firme que la constituye, el cumplimiento de la conducta exigida haría inconsistente la imposición de la multa.

La multa coercitiva necesita, para su nacimiento, el procedimiento consiguiente a la comisión de la infracción y la pertinente resolución judicial o administrativa sin que

---

<sup>712</sup> LÓPEZ MENUDO, F., “Ejecución forzosa de los actos...cit., p. 1

<sup>713</sup> “ Despacho de la ejecución. Cuando el título ejecutivo contuviere condena u obligación de hacer o no hacer o de entregar cosa distinta a una cantidad de dinero, en el auto por el que se despache ejecución se requerirá al ejecutado para que, dentro del plazo que el tribunal estime adecuado, cumpla en sus propios términos lo que establezca el título ejecutivo. En el requerimiento, el tribunal podrá apercibir al ejecutado con el empleo de apremios personales o multas pecuniarias.”

<sup>714</sup> HUERGO LORA, A., *Las Sanciones Administrativas*, Madrid 2007, p.273

<sup>715</sup> STS-3ª 19.06.987 - RJ 1987\6509 afirma que la multa coercitiva “aspira a doblegar o vencer la resistencia de los administrados a observar la conducta impuesta en un previo acto”.

<sup>716</sup> BELTRÁN, E., “La responsabilidad de los administradores por obligaciones sociales...cit., p. 274 y ss. afirma que el hecho de que no estemos ante una responsabilidad por daños, no implica que estemos en un sistema de responsabilidad objetiva o cuasiobjetiva, donde la culpa sea irrelevante.

<sup>717</sup> AGIRREAZKUENAGA, I., voz “Multas coercitivas (Dº Administrativo)”, en *EJB*, vol. III, Madrid 1995, p. 4354.

<sup>718</sup> DREWS, B., WACKE G., VOGEL, K., MARTEN, W., *Gefahrenabwehr*, p. 553 y ss. 1986

<sup>719</sup> HUERGO LORA, A., *Las Sanciones Administrativas...cit., p. 384*

<sup>720</sup> HUERGO LORA, A., *Las Sanciones Administrativas...cit., p. 274* afirma que sí.



surja la sanción con la mera comisión de la infracción. No obstante una vez impuesta la multa coercitiva ésta adopta autonomía, al margen de la obligación principal de la que deriva<sup>721</sup>. No se aplica la prohibición *non bis in idem* al carecer esta consecuencia jurídica de naturaleza punitiva<sup>722</sup>, siendo compatible con cualquier sanción. Se incluyen en el ámbito de protección del art. 9.3 CE pero no del 25.1 CE, no permitiendo la protección en amparo<sup>723</sup>. Es posible la imposición de efectos jurídicos desfavorables a supuestos de hecho que hayan comenzado con anterioridad a la entrada en vigor de la norma, con la condición de que los efectos del supuesto de hecho no se haya agotado aún<sup>724</sup>, aunque la conducta inicialmente infractora fuese anterior, siempre, insistimos, que tras en la entrada en vigor de la norma se mantenga la contradicción de la conducta con la que es exigible.

La función coercitiva no puede ser confundida con la función preventiva justificadora de la responsabilidad de naturaleza sancionadora. El que ambas puedan tener una naturaleza similar en cuanto que implican, tras su imposición un castigo o consecuencia negativa para su destinatario, como resultado de su actuar ilícito, no puede implicar una confusión de ambas en relación a su función. Establecida la finalidad punitiva, represora de la sanción, ya sea penal, administrativa o civil, como instrumento para la prevención general e individual de la conducta sancionada, debemos afirmar que la coerción se utiliza como instrumento para la consecución del destinatario de una determinada conducta, a la que se resiste, pudiendo y debiendo llevarla a cabo. No pueden confundirse puesto que el régimen jurídico de las sanciones es exclusivo de ellas<sup>725</sup> y a estos efectos conviene recordar que «habrá que atender, ante todo, a la función que tiene encomendada en el sistema jurídico. De modo que si tiene una función represiva y con ella se restringen derechos como consecuencia de un ilícito, habremos de entender que se trata de una pena en sentido material, pero si en lugar de la represión concurren otras finalidades justificativas deberá descartarse la existencia de una pena por más que se trate de una consecuencia gravosa...No basta, pues, la sola pretensión de constreñir al cumplimiento de un deber jurídico (como ocurre con las multas coercitivas)...Es preciso que, de manera autónoma o en concurrencia con esas

---

<sup>721</sup> AGIRREAZKUENAGA, I., voz “Multa coercitiva (Dº Administrativo)...cit., p. 4354

<sup>722</sup> HUERGO LORA, A., *Las Sanciones Administrativas*...cit., p.436

<sup>723</sup> HUERGO LORA, A., *Las Sanciones Administrativas*...cit., p. 569

<sup>724</sup> HUERGO LORA, A., *Las Sanciones Administrativas*...cit., p. 424

<sup>725</sup> NIETO, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, Madrid 2005, 4ª ed., p. 197

pretensiones, el perjuicio causado responda a un sentido retributivo»<sup>726</sup>. La repercusión en el patrimonio del deudor es irrelevante a estos efectos, aunque la multa (zwangsgeld)<sup>727</sup>, que implica un medio de ejecución forzosa de los actos administrativos<sup>728</sup>, siempre aparezca cuando al margen de la reparación se añade un plus para infligir el correspondiente daño en el patrimonio del deudor. Pero la diferencia entre ambas, sanción-coerción no está en el destinatario del pago de la multa impuesta sino en la finalidad por la que la misma se impone. La primera para retribuir y la segunda para constreñir o forzar al destinatario a cumplir con un deber jurídico, como instrumento de ejecución de dicho deber, que vendrá, en la mayoría de las ocasiones, personalizado en el responsable. Si algo distingue a las sanciones administrativas de otros instrumentos administrativos es que la primera castiga o retribuye el comportamiento ilegal del sujeto, como fin instrumental de la función preventiva de comisiones futuras, ilustrando el poder del Estado a través de la titularidad del *ius puniendi* del que goza, mientras que el resto satisfacen otros intereses públicos, aunque supongan un perjuicio para el infractor, lo que es irrelevante para justificar la medida<sup>729</sup>. Lo relevante de la sanción es que lo que tutela los intereses públicos es la amenaza de su imposición ante la infracción, no el propio contenido de la sanción<sup>730</sup>, puesto que no hay relación jurídica alguna entre la infracción y la sanción que se aplica, más allá de la que dimana de la norma que establece ambas<sup>731</sup>, por lo que la aplicación de consecuencias desfavorables para el infractor por la violación de la norma, sin otra relación alguna entre ambas es una sanción. (no lo es la nulidad, la resolución contractual, la responsabilidad civil, etc.).

Como se impone una consecuencia negativa ante el incumplimiento del deber es, evidentemente, imprescindible que el sujeto esté en condiciones de poder llevarlo a cabo, puesto que lo contrario implicaría la pérdida de sentido alguno a la imposición de coerción sobre un deber imposible de cumplimiento lo que exige que la realización del

---

<sup>726</sup> STC 48/2003, de 12 de marzo.

<sup>727</sup> Véase en Derecho alemán MAYER, O., *Deutsches Verwaltungsrecht*, 1924

<sup>728</sup> BRUNS, A., *Zwangsgeld zugunsten des Gläubigers – ein europäisches Zukunftsmodell?*, ZZP 118 (2005), 3

<sup>729</sup> HUERGO LORA, A., *Las Sanciones Administrativas...*cit., p. 225 y ss.

<sup>730</sup> HUERGO LORA, A., *Las Sanciones Administrativas...*cit., p. 229

<sup>731</sup> HUERGO LORA, A., *Las Sanciones Administrativas...*cit., p.

acto dependa de la exclusiva voluntad del obligado<sup>732</sup>, implicando la aplicación plena del principio de culpabilidad<sup>733</sup>.

Los elementos que caracterizan a las multas coercitivas son prácticamente idénticos a aquellos que se encuentran en la estructura de la responsabilidad por deudas. En este sentido, existe un incumplimiento de un deber propio y la medida se impone para lograr la ejecución de ese deber. Así la coerción no castiga incumplimientos definitivos, sino que se anuncia ofreciendo la posibilidad de poner fin a la conducta incumplidora llevando a cabo el cumplimiento exigido o por el contrario soportar la multa coercitiva, porque estamos ante un medio de presión y no ante una sanción<sup>734</sup>. Es obvio que si deseamos lograr un determinado hacer, la tipicidad es garantía no sólo de protección del infractor (art. 99.1 LRJAP) sino exposición de la conducta que el ordenamiento desea como realizada. Así el art. 365 y 366 LSC delimitan, inconfundiblemente, las conductas exigidas, permitiendo al obligado conocer con antelación el deber que le es requerido, debiendo cumplir con la convocatoria de la junta o con la disolución judicial en los preciso plazos establecidos.

El fin de la coerción es fomentar el cumplimiento del deber, aunque con ello permita a terceros aumentar las garantías de sus créditos (no debemos confundir la finalidad de la consecuencia con la de la razón por la que establece esa consecuencia). Puesto que «consiste en una medida de constreñimiento económico, adoptada previo el apercibiendo, reiterado en lapsos de tiempo y tendente a obtener la acomodación de un comportamiento obstativo del destinatario del acto a lo dispuesto en la decisión

---

<sup>732</sup> STS (S. 4ª) 08.07.86 - RJ 1986\6871

<sup>733</sup> BELTRÁN, E., “La responsabilidad de los administradores por obligaciones sociales...cit., p. 287 y ss, y ss. afirma que como no es una responsabilidad objetiva sino una sanción por incumplir determinados deberes, no se puede sancionar si se prueba por los administradores que no les es imputable el incumplimiento, como en casos en que “hicieren todo lo conveniente para evitar el incumplimiento de los deberes impuestos para propiciar la disolución o el concurso” y quienes se opusieran al acuerdo del órgano de no convocar junta para la disolución o de no solicitar la disolución judicial o el concurso de acreedores (STS 3.4.06 Y 28.4.06); ESTEBAN VELASCO, G., “Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores frente a los socios y los terceros: acción individual y acción por no promoción o remoción de la disolución...cit., p. 72 niega que estemos antes una responsabilidad objetiva en la que se pueda prescindir de la culpabilidad; SÁNCHEZ CALERO, F., *Los Administradores en las Sociedades de Capital*...cit., p. 446 afirma que la doctrina jurisprudencia mayoritaria excluye el elemento culpa siendo únicamente relevante la no convocatoria de la junta por lo que se habla de responsabilidad objetiva o cuasi objetiva. “No obstante, parece lógico que debería estimarse que no es imputable ese incumplimiento al administrador que forma parte de un órgano de administración colegiado, si prueba que la omisión se ha debido a un acuerdo del Consejo contrario a la convocatoria de la junta, y el consejero hizo todo lo posible, sin éxito”.

<sup>734</sup> HUERGO LORA, A., *Las Sanciones Administrativas*...cit., p. 27

administrativa previa»<sup>735</sup>. En este sentido, y respecto del ámbito del Derecho Administrativo, se faculta la autotutela ejecutiva de la administración, que exime a la Administración de obtener no sólo una sentencia ejecutiva, sino también declarativa, permitiendo el uso directo de su propia coacción, sin necesidad del Poder Judicial<sup>736</sup>. Esta situación es equivalente a la de la responsabilidad por deudas ya que, aunque los acreedores societarios puedan obtener garantías adicionales para sus créditos, la responsabilidad sirve para constreñir económicamente a los administradores para obtener de ellos el comportamiento deseado. En el ámbito de la responsabilidad por deudas, el acreedor social es, ipso iure, acreedor del administrador si su crédito ha nacido en el período de incumplimiento de los deberes de los administradores, también sin necesitar de resolución judicial que constituya esa situación.

La sanción a imponer podría adoptar múltiples formas pero la elección de un sistema coactivo de imposición de sanciones obligando a los sujetos a cumplir sus deberes, mejora la aplicación de la medida, especialmente cuando existe asimetría informativa. Así, ya se ha dicho en términos generales que la elección del instrumento jurídico de actuación estará en función, entre otros elementos del momento óptimo de intervención, por lo que cuando es el agente el que controla la peligrosidad de su conducta más atractiva será una intervención ex post<sup>737</sup>. Es evidente, que frente al titular de la información que conoce la violación de la norma, y cuya infracción puede ocultar fácilmente y privar de la misma a terceros y al poder público, el único instrumento para poder hacerles cumplir es precisamente la aplicación de un sistema gradual de coerción que incremente la sanción en función del tiempo transcurrido, puesto que de lo contrario, la asimetría informativa sólo protege a quién tiene mayor información, sin que el transcurso del tiempo pueda empeorar su situación. En este caso, y como se ha exigido desde una visión economicista del Derecho Sancionador, sería óptima su medida por ser equivalente al daño probable que resulte de la infracción<sup>738</sup>.

Podría afirmarse que, con la citada coerción, estamos en presencia de una sanción, en cuanto que la responsabilidad derivada del incumplimiento se concreta en la

---

<sup>735</sup> STC 239/1988, 14.12.88 (BOE 13.01.89).

<sup>736</sup> GONZÁLEZ ALONSO, A., “El régimen normativo y jurisprudencial de la potestad sancionadora y de los privilegios de la Administración Pública”, en Diario La Ley, nº 7111, 10 de febrero de 2009, disponible en [www.laley.com](http://www.laley.com), p. 4

<sup>737</sup> SALVADOR CODERCH, P. y FERNÁNDEZ CRENDE, A., “Instrumentos de control social y derecho de daños...cit., p. 5

<sup>738</sup> SALVADOR CODERCH, P. y FERNÁNDEZ CRENDE, A., “Instrumentos de control social y derecho de daños...cit., p. 6

imposición de unas obligaciones que no guardan relación alguna de causa-efecto con el deber incumplido, lo que caracteriza a las sanciones, las cuáles se constituyen, no con el daño, sino con la norma, surgiendo ex novo, incluso aún no existiendo daño alguno por dicho incumplimiento. Sin embargo, en estos supuestos no se produce un reproche ante el incumplimiento insalvable del ordenamiento, ante la violación del mandato y la consiguiente desviación de la conducta exigida. La responsabilidad no se imputa por el quebranto, retribuyéndolo para prevenir de manera general y particular futuros incumplimientos del deber exigido, sino para coaccionar al sujeto a que lo cumpla<sup>739</sup>, puesto que todavía se está a tiempo. Lo relevante no es el castigo para mostrar las consecuencias derivadas de la contradicción de la norma, sino el incentivo retributivo para que la norma sea cumplida, satisfaciendo, aún tarde, el interés pretendido, para lo cuál la se utiliza un instrumento disuasorio<sup>740</sup>, y no meramente retributivo. Este instrumento de protección de intereses, ha sido tradicional en el seno del Derecho Administrativo, como medio impulsivo en el marco de la potestad ejecutoria de la Administración, con el fin de poder hacer efectivos los mandatos de la misma<sup>741</sup>, es decir, ser elemento para la autotutela ejecutiva de la Administración<sup>742</sup>.

La infracción, como hemos referido anteriormente, es de posible subsanación si el infractor cumplimenta lo ordenado por la norma antes de la imposición de la sanción. Es decir, la sanción sólo aparece con la firmeza de la resolución por la que la misma se constituye, de manera que la violación inicial del ordenamiento puede ser subsanada por el cumplimiento tardío evitando con ello la imposición de la sanción. El objetivo perseguido no es la punición por la violación de la norma sino el acatamiento del Ordenamiento. Si la instrumentación de la pena para disuadir hacia el respeto de la norma es la auténtica labor que ha de desarrollar la coerción ejercida, no puede por menos que aceptarse que el mandato establecido sea viable por un tercero y que por tanto el Derecho sea colmado con la actuación de un tercer sujeto distinto del requerido, siempre que lo exigido no tenga naturaleza de deber personalísimo. Si la pena llegase a imponerse, la satisfacción del derecho, como fin perseguido por la norma, no se ve alterada si la correspondiente coerción ya concretada por la resolución que la constituye es cumplida por tercero. No parece caracterizar a esta pena de la condición de

---

<sup>739</sup> LÓPEZ MENUDO, F., “Ejecución forzosa de los actos”, en [www.iustel.com](http://www.iustel.com), p. 1

<sup>740</sup> AGIRREAZKUENAGA, I., voz “Multa coercitiva (Dº Administrativo)”, en EJB, vol. III, Madrid 1995, p. 4353 afirma la finalidad disuasoria

<sup>741</sup> LÓPEZ MENUDO, F., “Ejecución forzosa de los actos...cit., p. 1

<sup>742</sup> (STC 137/85 de 17 de octubre; 144/87, de 23 de septiembre y 239/88 de 14 de diciembre).

personalísima, ya que su imposición deriva del incumplimiento normativo, pero no con el fin retributivo configurador de las sanciones sino para perseguir la conducta necesitada para colmar el interés del Ordenamiento. Y si, como hemos dicho, la norma sólo actúa cuando es viable obtener una conducta que sacia ese interés y no cuando, aún con transgresión de la norma, no sea posible aquel, sin perjuicio de que en ese caso actúen otros instrumentos previstos por el ordenamiento (como las multas sancionadoras o la indemnización de daños y perjuicios –así art. 710.2. LEC-), hemos de concluir que si cabe el cumplimiento de la conducta debida, a través de un tercero, no existe obstáculo para afirmar lo mismo de la pena que persigue mantener el incentivo hacia la realización de una determinada conducta. Sin fin retributivo, dirigido con carácter de personalísimo al infractor, el cumplimiento de la conducta exigida y la correspondiente coerción por su incumplimiento, pueden ser también objeto de negocios jurídicos, con el fin de satisfacer los intereses perseguidos por el Ordenamiento. La prevención general no se ve alterada por este cumplimiento ya que el requerimiento es individualizado y la imposición de la multa como instrumento de coerción sólo deriva si el cumplimiento es todavía viable, cumplimiento que cabe, salvo deber personalísimo, por tercero. La sociedad mantiene la percepción de la importancia del cumplimiento normativo y las consecuencias derivadas del mismo, al no pretenderse el castigo del infractor sino el incentivo a comportarse de un determinado modo.

La coerción mediante la multa, cuyo objetivo, reiteramos, no es punir sino incentivar al infractor, se patrimonializa e integra en su patrimonio. Con ello, la misma no se extingue por su fallecimiento, elemento, por el contrario, caracterizador del axioma de la personalización de la pena, permitiendo su transmisión *intervivos* y *mortis causa*. La pena no es personal, sino puramente patrimonial, que recae sobre el patrimonio para constreñir a su titular, y no castiga a éste. El incentivo a la satisfacción normativa es el fin y la pena el instrumento. Fallecido el infractor, la coerción decaerá pero la multa impuesta se mantiene en su patrimonio hasta su cumplimiento como resultado de la infracción de la conducta incentivada por el Ordenamiento. La ausencia de los principios del derecho sancionador permiten aquí, frente a las sanciones *stricto sensu*, la permanencia del derecho de crédito del tercero, salvo que el ordenamiento establezca la extinción expresa del mismo. Careciendo de función punitiva, la búsqueda de la acción del infractor, con su fallecimiento, se extingue por no ser posible ya dicha actividad, pero no conlleva la extinción de las obligaciones nacidas con anterioridad,

puesto que a diferencia de lo que acaece en el Derecho Sancionador público, en el Derecho Privado, la sanción civil acarrea como consecuencia el nacimiento del derecho de crédito del tercero.

## 2. *El cumplimiento tardío y la patrimonialización de la pena.*

El posible cumplimiento tardío, inicialmente, ha de ser aceptado porque si lo que se persigue con la coerción no es el castigo sino el cumplimiento de la obligación, la multa coercitiva habrá conseguido su objetivo y ello hace innecesaria su imposición cuando ya se ha cumplimentado el mismo, aún tras el plazo otorgado para llevarlo a cabo<sup>743</sup>. Sin embargo, con la pena por deudas, el cumplimiento tardío no exonera de esta responsabilidad ya que su devengo se produce con el incumplimiento que se consume en el acto tipificado, generando un derecho subjetivo en el tercero titular del derecho de crédito<sup>744</sup>. Salvo que existiera una norma expresa, al encontrarse constituida la obligación antes del cumplimiento tardío, éste no extingue la responsabilidad ya generada.

En cualquier caso es imprescindible, para el cumplimiento del deber exigido, cuyo incumplimiento es fuente de la multa, la concesión de un plazo para el cumplimiento voluntario<sup>745</sup>, puesto que la multa puede ser revocada o suspendida si se ha cumplido la obligación con posterioridad a la imposición de la pena.<sup>746</sup> Afirmada la extinción en sede administrativa parecería correcto aplicar, mutatis mutandi, la misma construcción en sede de coerción, cuando se produce a través de medidas de naturaleza jurídico-privada, como es el nacimiento de la obligación solidaria del pago de deudas ajenas. Sin embargo, en este contexto las cosas no son tan sencillas. Es cierto que si el deber se ha cumplido la coerción desaparece y no cabe imponer más responsabilidades

---

<sup>743</sup> HUERGO LORA, A., *Las Sanciones Administrativas...*cit., p. 274

<sup>744</sup> BELTRÁN, E., “La responsabilidad de los administradores por las deudas sociales...”cit., p. 254 y ss. sobre el cumplimiento tardío, negando que produzca efecto alguno respecto de los acreedores que tuviesen ya derecho a reclamar, sino únicamente en relación con las deudas posteriores. En igual sentido STS 16.12.1994. En sentido contrario, SÁNCHEZ CALERO, F., *Los Administradores en las Sociedades de Capital...*cit., p. 447 y 455 y ss. que aboga por la aprobación de las cuentas.. Tampoco exime para ESTEBAN VELASCO, G., “Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores frente a los socios y los terceros: acción individual y acción por no promoción o remoción de la disolución...”cit., p 70

<sup>745</sup> HUERGO LORA, A., *Las Sanciones Administrativas...*cit., p. 273

<sup>746</sup> MERKL, A., *Teoría General del Derecho Administrativo*, Granada 2004.

que las dimanantes del período durante el cuál se ha actuado contra la oposición del obligado a realizar el deber exigido. Es cierto, también, que una vez cumplido el deber, aún tardíamente, y carecer las medidas de carácter punitivo alguno, como ya hemos referido, pierde sentido la ejecución de las mismas sobre un obligado, que ya no está obligado a realizar medida alguna y que por lo tanto, ningún efecto vienen a cumplir dichas medidas para doblegar la conducta del obligado, que, al cumplir, ha sido efectivamente doblegada. No obstante, y aún siendo cierto esto último, no puede obviarse el carácter de prevención, particular y general, que la aplicación de cualquier consecuencia negativa para el obligado conlleva. Una extinción de dichas obligaciones podría suponer la pérdida de incentivos para el obligado a realizar la conducta exigida hasta el momento en que la misma no fuese ejecutada, en cuyo momento podría cumplir y evitar la ejecución de la responsabilidad. En estos supuestos, decaería la prevención general puesto que los sujetos apreciarían que basta con cumplir, si llega el caso, in *extremis*, y evitar la imposición de las medidas coercitivas, por lo que no habría razón coercitiva alguna para hacerlo. Sin embargo, podría aventurarse que la obligación ya no tiene posibilidad de extinguirse si ya se ha impuesto, es decir, si la misma ha sido constituida por el órgano competente, como parece ser la regla en el Derecho Administrativo, con lo cuál puede cumplirse, aún tardíamente, hasta el momento de la firmeza de la resolución por la que se impone. Esta es la única razón por la que se podría justificar un cumplimiento tardío, con efectos extintivos, salvo que ya se haya producido una reclamación extrajudicial o se ejercita la correspondiente acción judicialmente, antes de cumplir con los deberes exigidos<sup>747</sup>, por lo que la responsabilidad por las deudas sociales quedaría extinguida ante un eventual cumplimiento salvo que los acreedores hubieran ejercido, judicial o extrajudicialmente su derecho<sup>748</sup>. La afirmación de un posible cumplimiento tardío de las obligaciones

---

<sup>747</sup> ROJO, A., “Los deberes legales de los administradores en orden a la disolución de la sociedad de capital como consecuencia de pérdidas...cit., p. 1477.

<sup>748</sup> ROJO, A., “Los deberes legales de los administradores en orden a la disolución de la sociedad de capital como consecuencia de pérdidas...cit., p. 1477; ; RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. y MARÍN DE LA BÀRCENA GARCIMARTÍN, F., ob. cit., 308 rechazan la existencia de un “cumplimiento tardío” al entender que se trata de una obligación con término esencial, ante la que sólo cabe el cumplimiento puntual, oponiéndose a cualquier efecto liberatorio por el mismo; en un sentido similar BELTRÁN, E. “La responsabilidad por las deudas sociales”, en VVAA. La responsabilidad de los administradores, Rojo, A. y Beltrán, E. (dirs.), Valencia 2005, 1ª ed., p. 241 y ss. niega que el cumplimiento tardío produzca algún efecto respecto de las deudas anteriores al momento en el que se produce, sino sólo respecto de las deudas sociales posteriores al mismo, mientras que ROJO, A., ob., cit., p. 1476 y ss. defiende que el cumplimiento tardío debe producir efectos hacia el pasado, afirmando que la responsabilidad sólo sería exigible a los administradores si cuando se produce la reclamación judicial o extrajudicial se está en situación legal de incumplimiento, puesto que “El derecho a exigir la responsabilidad de los



legales como instrumento para enervar la responsabilidad salvo que exista reclamación previa judicial o extrajudicial, presenta, sin embargo, algunas objeciones.

En primer lugar, la reclamación extrajudicial o judicial del derecho de crédito dimanante de la norma no constituye derecho alguno, sino que es la norma, como ya se ha expuesto la que constituye esa responsabilidad, es decir la obligación con su lado activo que es el crédito del acreedor societario contra el administrador y no la reclamación que hace de aquél contra este último del pago del crédito preexistente a dicha reclamación. Todavía podía haberse configurado el momento con la resolución judicial resultado del ejercicio del derecho, amparándose en que en sede administrativa, la sanción, o la medida coercitiva sólo se constituyen con la resolución judicial correspondiente, pero ello obviaría que en sede jurídico-privada, la coerción, es decir, la responsabilidad por deudas ajenas, se constituye por la ley con el simple devenir de sus presupuestos, sin que se requiera por la norma procedimiento judicial alguno que constituya dicha responsabilidad. Y, en segundo lugar, y aún más relevante, es que la responsabilidad que constituye la norma se configura como una obligación patrimonial, que implica el consiguiente nacimiento de un derecho de crédito en el acreedor societario, y ello se produce desde el mismo momento en el que se constituye la responsabilidad, es decir, desde que el obligado incumple con sus deberes y la coerción actúa como resultado legal del quebrantamiento de las conductas exigidas, pero actúa no como presupuesto de una obligación que ha de ser constituida por un órgano, sino constituyendo la propia obligación, cuyo carácter patrimonializado, influye a partir de ese momento en su régimen jurídico. Establecer la posibilidad de un efecto extintivo de su responsabilidad, por el cumplimiento tardío de los deberes legales, significaría extinguir esos créditos, sin un mandato expreso de la propia norma que la constituye. Al configurar la consecuencia, del surgimiento de un crédito contra los administradores, con la naturaleza de una obligación patrimonial, el régimen, salvo norma especial, es el establecido como general para estas obligaciones, sin que entre las formas de extinción (art. 1156 CC.) se prevea la realización, conforme a Derecho, de la conducta del deudor que ha motivado el nacimiento de la obligación. Lo mismo ocurre, en los supuestos en los que el deber desaparece, no por cumplimiento, sino por extinción de los presupuestos de los que el mismo dimana, como acontece con la enervación de la causa

---

administradores es, pues, un derecho potestativo y temporal; la [STS (S.1ª) 14.12.04 afirma por el contrario que el plazo establecido por el legislador para convocar la Junta y acordar la disolución o las medidas sustitutivas es inexorable, por lo que se niega efectos liberatorios al cumplimiento tardío.

disolutoria con posterioridad al transcurso de los plazos exigidos para el cumplimiento de los deberes de promoción de la disolución societaria, cuya desaparición no evita las responsabilidades por las deudas anteriores al momento en el que se eliminan las pérdidas<sup>749</sup>

En nuestra opinión, sólo una mención expresa del ordenamiento en este sentido permite legitimar un efecto extintivo del cumplimiento tardío tal y como recogía la Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles<sup>750</sup> que, en su art. 561.2, así lo preveía de manera expresa para aquellos acreedores que no hubieran exigido judicialmente esa responsabilidad, con anterioridad al cumplimiento tardío de los deberes disolutorios<sup>751</sup>. En idéntico sentido, el Anteproyecto de Código Mercantil<sup>752</sup>, que también extingue la responsabilidad frente a aquellos acreedores que no hayan exigido judicialmente, antes del cumplimiento tardío<sup>753</sup>, la responsabilidad solidaria.

De *lege lata*, esta responsabilidad patrimonializada no se subsana con el cumplimiento tardío de los deberes exigidos si la deuda ya ha nacido antes de dicho cumplimiento, incluso aunque el vencimiento sea posterior al cumplimiento del deber inicialmente omitido<sup>754</sup>.

---

<sup>749</sup> Así, ROJO, A., “Los deberes legales de los administradores en orden a la disolución de la sociedad de capital como consecuencia de pérdidas...cit., p. 1479

<sup>750</sup> Aprobada por la Sección de Derecho Mercantil el 16 de mayo de 2002, habiendo sido elaborada por la Ponencia Especial compuesta por los Profesores Sánchez Calero, Bercovitz Rodríguez-Cano y Rojo Fernández-Río. Publicada en Madrid 2002, por el Ministerio de Justicia.

<sup>751</sup> “Art. 561. Responsabilidad solidaria de los administradores por infracción de los deberes legales en orden a la disolución por pérdidas de la sociedad.

1. Cuando concurra la causa legal de disolución por pérdidas y los administradores no hubieran formulado las cuentas en los tres primeros meses del ejercicio social y no hubieran convocado la junta de socios o, en su caso, no hubieran solicitado la disolución judicial, responderán solidariamente entre ellos y con la propia sociedad de todas las deudas sociales, salvo que la sociedad hubiera instado la declaración judicial de suspensión de pagos o de quiebra.

2. El cumplimiento tardío por los administradores de los deberes a que se refiere el apartado segundo del artículo anterior extinguirá la responsabilidad legal de éstos frente a aquellos acreedores que no hubieran exigido judicialmente esa responsabilidad”

<sup>752</sup> De 30.05.14, disponible en <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292427025146?blobheader=application%2Fpdf&>

<sup>753</sup> Art. 272-12.3 “3. El cumplimiento tardío por los administradores de los deberes a que se refiere el apartado segundo del artículo anterior extinguirá la responsabilidad legal de éstos frente a aquellos acreedores que no hubieran exigido judicialmente esa responsabilidad”.

<sup>754</sup> SAP Madrid (Secc. 28) 19.06.15 - Id Cendoj: 28079370282015100150. “Constatado que la sociedad deudora incurrió en causa de disolución a largo del ejercicio 2008 e incumplida por los administradores sociales su obligación de convocar en el plazo de dos meses la correspondiente junta para que se acordara la disolución o, en su caso, para que se adoptasen las medidas oportunas de reestructuración patrimonial o, en último término, el concurso de resultar la sociedad insolvente, surge la responsabilidad solidaria de los administradores por las obligaciones posteriores al acaecimiento de la causa de disolución ( artículo 105.5 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada , actualmente artículo 367 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital ). En contra de la tesis mantenida en la sentencia apelada, lo

## VIII. LA RESPONSABILIDAD CONCURSAL. FUNCIÓN Y RÉGIMEN JURÍDICO.

### A. Estructura de imputación y determinación de la naturaleza jurídica.

#### *1. Evolución legislativa y jurisprudencial. Estado de la cuestión.*

Conviene comenzar abordando el tratamiento que la jurisprudencia ha dado a la responsabilidad concursal, en función de las reformas que la LC ha ido sufriendo hasta llegar a la situación actual. En la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, se estableció una sección de calificación del concurso, en el que debía determinarse si el concurso se calificaba de fortuito o culpable (art. 163 LC), sin que, necesariamente, dicha sección se formara en todos los supuestos. Así, sucede que en el derecho vigente, la fase de calificación se formará en todos los supuestos de liquidación y en los de convenio salvo en aquellos casos en los que “para todos los acreedores o para los de una o varias clases, entendiendo igualmente por tales las establecidas en el artículo 94.2, una quita inferior a un tercio del importe de sus créditos o una espera inferior a tres años, salvo que resulte incumplido” (art. 167).

En esa Sección de Calificación se recoge que tras la tramitación oportuna se dictará sentencia de calificación en la que, de calificarse el concurso como culpable, deben contenerse determinados pronunciamientos (art. 172 LC): determinación de las personas afectadas en la calificación y los cómplices; la inhabilitación de las personas afectadas por la calificación para administrar bienes ajenos o para representar a cualquier persona en un período de dos años, en función de la gravedad de los hechos, la entidad del perjuicio y su condena en otros concursos; y a la pérdida de cualquier derecho como acreedores concursales o de la masa, de las personas afectadas por la calificación y sus cómplices, y la condena a devolver los bienes y derechos indebidamente obtenidos del patrimonio del deudor o de la masa activa, así como a

---

relevante no es si la disolución se acordó antes del vencimiento de la deuda sino si las obligaciones se contrajeron con posterioridad a la causa de disolución. El régimen de responsabilidad por deudas se impone a los administradores sociales para estimular el cumplimiento de sus deberes en orden a disolver la sociedad y evitar que éstas sigan actuando en el tráfico económico adquiriendo nuevos compromisos, que, con toda probabilidad, no podrán atender al estar ya incursas en causa de disolución, cuando lo que procedía era promover los trámites oportunos para la disolver y liquidar la sociedad y no contraer nuevos compromisos de pago de más que dudoso cumplimiento y ello con independencia de que la deuda venza o resulte exigible con posterioridad a la efectiva disolución de la sociedad”.

indemnizar los daños y perjuicios causados. Entre ellos, ha de destacarse que se entiende, en caso de que la concursada sea una persona jurídica, que pueden ser considerados como personas afectadas por la calificación “los administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, apoderados generales, y quienes hubieren tenido cualquiera de estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, así como los socios que se hubiesen negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles en los términos previstos en el artículo 165.2, en función de su grado de contribución a la formación de la mayoría necesaria para el rechazo del acuerdo. Si alguna de las personas afectadas lo fuera como administrador o liquidador de hecho, la sentencia deberá motivar la atribución de esa condición” (art. 172.2.1º LC) A los efectos que nos interesan en este trabajo, por tanto, pueden ser condenados en los pronunciamientos referidos los administradores (de derecho o de hecho) que lo sean o hayan tenido esa condición en los dos años anteriores a la declaración de concurso.

En la redacción originaria, tras la aprobación de la LC, se establecía que si la sección de calificación se había formado o reabierto como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación “la sentencia podrá, además, condenar a los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, de la persona jurídica cuyo concurso se califique como culpable, y a quienes hubieren tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa” (antiguo art. 172.3 LC), en lo que era un contenido que, en su núcleo esencial es recogido hoy por el art. 172 bis LC, en torno a la denominada “cobertura del déficit”.

Los problemas en la interpretación de esta norma han sido sustanciales en cuanto a la naturaleza de dicha responsabilidad, afirmándose su condición indemnizatoria por parte de la doctrina<sup>755</sup> y de la jurisprudencia<sup>756</sup>, y defendida, entre

---

<sup>755</sup> ALONSO UREBA, “La responsabilidad de los administradores de una sociedad de capital en situación concursal (art. 171.3 del Anteproyecto de Ley Concursal y sus relaciones con las acciones societarias de responsabilidad)” en VVAA. *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal*, Madrid 2002, p. 263 y ss.; en el mismo sentido ALONSO UREBA, “La responsabilidad concursal de los administradores de una sociedad de capital en situación concursal (art. 172.3 de la Ley Concursal y sus relaciones con las acciones societarias de responsabilidad), en VVAA *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la Reforma Concursal*, Madrid 2003, p.. 505 y ss; RONCERO SÁNCHEZ, A., “Naturaleza y caracteres de la responsabilidad concursal de los administradores de sociedades de capital”. (A propósito de la Sentencia de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de

otros argumentos, en base a considerar que, la condena al pago de los créditos equivale al daño sufrido por los acreedores derivado de la insolvencia de la sociedad, que sólo es exigible de haberse generado dolo o culpa grave. A ello se uniría el argumento derivado de la utilización en la norma de los términos “podrá condenar” que permitiría, al juez,

---

Barcelona de 19 de marzo de 2007)”, *RDCP* nº 7 – 2007; PANTALEÓN, F., FERNÁNDEZ GREGORACI, B., “Responsabilidad de los administradores sociales y calificación”, en *VVAA.*, *Crisis empresarial y concurso: comentarios legales*, Fernández Rodríguez-Sánchez Álvarez (coords.), Cizur Menor (Navarra) 2010, p. 711 y ss.; ALONSO UREBA, A., “La responsabilidad concursal del artículo 172 bis LC”, en *VVAA.*, *El concurso de acreedores*, Pulgar Ezquerro (dir.), Madrid 2012, p. 559 y ss.; PULGAR EZQUERRA, J., “La responsabilidad concursal de los administradores sociales”, en *VVAA.*, *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, Guerra Martín (dir.), Madrid 2012, p. 357; CERDÁ ALBERO, F., “La responsabilidad de los administradores sociales por el déficit concursal”, en *VVAA.*, *Estudios de Derecho Mercantil. Liber Amicorum Profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá*, Valencia 2013.

<sup>756</sup> Fundamentalmente pionero en esta postura fue el AAP Barcelona (Secc. 15ª) 06.02.06 - Id Cendoj: 08019370152006200037. “Lo que resulta más conflictivo, como se pone de relieve en el presente caso, es la apreciación del requisito de la apariencia de buen derecho, pues ello exige ineludiblemente especificar la naturaleza de la responsabilidad prevista en el art. 172.3 LC. Se trata de un supuesto de responsabilidad por daño y culpa, pues presupone su concurrencia. Por una parte, la responsabilidad procede únicamente cuando se opte por la liquidación como solución al concurso, y el objeto de la condena es el pago de la totalidad o parte de los créditos concursales no satisfechos con la liquidación. En realidad, estos créditos no satisfechos con la liquidación son el perjuicio sufrido por los acreedores concursales como consecuencia del estado de insolvencia del deudor. Y la condena a indemnizar procede imponerla sólo en el caso de concurso culpable, esto es, cuando en la generación o agravación de la insolvencia hubiere mediado dolo o culpa grave de los administradores o liquidadores de derecho o de hecho del deudor persona jurídica ( art. 172.3 en relación con el art. 164.1 LC). Contribuye a argumentar así el tenor literal del art. 172.3 LC que no se refiere a la imposición de una sanción automática consecuencia de la calificación de concurso culpable, sino que otorga al Juez la facultad de poder condenar o no a los administradores: “la sentencia podrá, además, condenar a los administradores”. Luego, si el Juez puede condenar, es que también puede no condenar. Y tanto si lo hace como si no, debe acudir a un criterio y éste responde al esquema de la responsabilidad por daño y culpa. Condenará al administrador de derecho o de hecho que con su actuación hubiere generado o agravado la insolvencia y, en este segundo caso, valorará su participación en la agravación para moderar el alcance de la responsabilidad y con ello la parte de los créditos insatisfechos a que debe ser condenado a pagar el administrador. En la medida que el administrador declarado persona afectada por la calificación culpable del concurso es responsable de los hechos que han justificado tal calificación, en la misma medida también lo es de las consecuencias de la insolvencia generada o agravada por su conducta, y en concreto de la insatisfacción de los créditos concursales. Todo lo cual prueba la existencia de la relación de causalidad entre la conducta culpable y el daño o perjuicio objeto de indemnización. De este modo, aunque el art. 48.3 LC exija tan sólo que “de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que el concurso se califique como culpable y que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas”, ello no es suficiente pues, además, debe acreditarse también indiciariamente que al administrador (o liquidador) a quien se pretende embargar se le puede imputar la conducta que merece la calificación culpable del concurso y que dicha conducta ha generado o agravado la insolvencia o cuando menos es apta para ello. En consecuencia con lo anterior, el auto de embargo debe justificar la apariencia de buen derecho, esto es, que de los elementos obrantes en el concurso existen indicios de los siguiente extremos: 1º El concurso acabará presumiblemente por liquidación, sin que el activo resulte suficiente para pagar la totalidad de los créditos concursales; 2º La persona cuyos bienes se embargan es administrador (o liquidador) de derecho o de hecho del deudor concursado persona jurídica, al tiempo de declararse el concurso o lo había sido en los dos años precedentes; 3º Dicho administrador (o liquidador) será declarado persona afectada por la calificación culpable del concurso, siendo su conducta no sólo idónea para obtener dicha calificación, sino también para haber generado o agravado la situación de insolvencia; 4º En qué medida esta persona afectada por la calificación ha generado o agravado este estado de insolvencia, pues de acuerdo con ella podrá calcularse su responsabilidad con respecto al importe que presumiblemente no vaya a satisfacerse con la liquidación.” En la utilización de la jurisprudencia actualizada hemos seguido, principalmente, la obra de MUÑOZ PAREDES, A., *Tratado Judicial de la Responsabilidad de los Administradores. La Responsabilidad Concursal*, vol. II, Cizur Menor (Navarra), 2015.

condenar o no, en función de algún criterio que lo justificara, lo que respondería a un esquema hipotético de responsabilidad civil basado en la culpa y el daño.

Frente a esa posición, se ha defendido una naturaleza sancionadora de la responsabilidad concursal por la doctrina<sup>757</sup> y la jurisprudencia<sup>758</sup> que han postulado la naturaleza de una responsabilidad por deudas, “ex lege”, al ser exigible la imputación subjetiva, derivada de la atribución al responsable de la conducta que determina la calificación del concurso como culpable pero sin que sea requisito la existencia de una causalidad entre dicha conducta y el déficit patrimonial. La jurisprudencia que asume esta posición ha justificado su defensa de la naturaleza, a la que denomina “ex lege”, basándose en los siguientes argumentos<sup>759</sup>:

---

<sup>757</sup> GARCÍA CRUCES, J.A., “Acumulación y coordinación de acciones de responsabilidad de los administradores de una persona jurídica en concurso (sobre la inserción de la llamada responsabilidad concursal en el régimen general de responsabilidad de administradores”, en *AC*, nº 18, enero 2004, p. 15 y ss; GARCÍA CRUCES, J.A., “Art. 172. Sentencia de Calificación”, *VVAA., Comentario de la Ley Concursal*, Rojo-Beltrán (dirs.) Madrid 2004, p. 2594 y ss; GARCÍA CRUCES, J.A., “Concursado, cómplices y personas afectadas por la calificación (en torno al ámbito subjetivo del concurso culpable)”, en *VVAA., Estudios sobre la Ley Concursal*, tomo. V, Madrid 2005; SEQUERIA MARTÍN, A., SACRISTÁN BERGIA, F., MUÑOZ GARCÍA, A., “La relación entre el concurso y la situación de pérdidas patrimoniales graves como causa disolutiva en la sociedad anónima”, en *Diario La Ley*, 15 de diciembre de 2006; GALLEGO, J. “La culpabilidad y la inhabilitación en el concurso de sociedades. La aplicación retroactiva de la Ley Concursal”, en *ADCo* 16, enero/2009; MUÑOZ PAREDES, A., “La calificación del concurso. Sentencia de calificación y responsabilidad concursal”, en *VVAA., Tratado Judicial de la Insolvencia*, tomo II, Cizur Menor (Navarra) 2012; BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “De nuevo sobre la naturaleza de la responsabilidad concursal. (Comentario SAP Barcelona 23.4.2012. Ponente: Juan F. Garnica Martín)”, *RdS* núm. 39, 2012; BELTRÁN, E., “La responsabilidad concursal”, en *VVAA., Insolvencia y Responsabilidad*, García Cruces (dir.), Cizur Menor (Navarra) 2012; GALLEGO, E., “Responsabilidad de los administradores”, en *VVAA., Enciclopedia de Derecho Concursal*, tomo II, Cizur Menor (Navarra) 2012; GARCÍA CRUCES, J.A., “Responsabilidad concursal”, en *VVAA., Enciclopedia de Derecho Concursal*, tomo II, Cizur Menor (Navarra) 2012; MUÑOZ PAREDES, A., *Protocolo Concursal*, Cizur Menor (Navarra) 2013; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., “Declaración de concurso y acciones societarias de responsabilidad frente a los administradores de la sociedad concursada”, en *ADCo*, núm 28, 2013; TORRUBIA CHALMETA, B., “La responsabilidad concursal en la Ley 38/2011: carácter sancionador y encaje con las acciones societarias”, en *RDM* núm. 287, 2013; CAMPUZANO, A. B., “La responsabilidad de los administradores sociales de la persona jurídica concursada”, *VVAA., Problemas actuales del Concurso de Acreedores*, Sebastián Quetglas – Veiga Copo (dirs.), Cizur Menor (Navarra) 2014;

<sup>758</sup> SAP Madrid (Secc. 28ª) 05.02.08 – Id Cendoj: 28079370282008100034. “La Sala, siendo consciente de que se encuentra ante una cuestión que no es pacífica en la doctrina ni en las resoluciones de los tribunales recaídas hasta el momento, considera que nos encontramos ante una responsabilidad por deudas, ex lege, en la que, siendo necesaria una imputación subjetiva y no automática a determinados administradores o liquidadores sociales, no es preciso otro reproche culpabilístico que el resultante de la atribución a tales administradores o liquidadores de la conducta determinante de la calificación del concurso como culpable, ni que se pruebe la existencia de una relación de causalidad entre la conducta del administrador y el déficit patrimonial que impide a los acreedores el cobro total de su deuda, o por decirlo más precisamente, no es necesario otro enlace causal distinto del que resulta de la calificación del concurso como culpable según el régimen previsto en los arts. 164 y 165 de la Ley Concursal y la imputación de las conductas determinantes de tal calificación a determinados administradores o liquidadores sociales”

<sup>759</sup> En este sentido la ya citada SAP Madrid (Secc. 28ª) 05.02.08 – Id Cendoj: 28079370282008100034 y

- (i) Es el propio art. 172.3 de la LC (hoy art. 172 bis LC) el que preveía expresamente una responsabilidad específica, sin alusión a los daños y perjuicios ni a la existencia de una relación causal alguna<sup>760</sup>.
- (ii) El argumento sistemático, puesto que ya en el art. 172.2.3º LC se contempla un supuesto de indemnización de daños y perjuicios que puede corresponder con la responsabilidad civil, que impide sostener una naturaleza idéntica en el art. 172.3 LC (hoy art. 172 bis LC) por reiterativa<sup>761</sup>
- (iii) La contemplación, en el art 48.3 LC (hoy art. 48 ter.1 LC), de una medida cautelar accesoria e instrumental para la satisfacción de la responsabilidad

---

de manera muy similar la SAP León (Secc. 1ª) 13.10.09 - Id Cendoj: 24089370012009100391

<sup>760</sup> “Una de ellas sería la propia literalidad de la norma. En el art. 172.3 de la Ley Concursal no se contienen los elementos propios de una responsabilidad civil resarcitoria o por daños. A diferencia de preceptos que regulan, según opinión pacífica de la doctrina y la jurisprudencia, una responsabilidad civil resarcitoria, como es el caso del art. 133.1 de la Ley de Sociedades Anónimas, en el art. 172.3 de la Ley Concursal no se prevé la indemnización del daño causado por la conducta del sujeto al que se atribuye la responsabilidad. No hay mención alguna a la exigencia de causalidad entre una conducta y un daño, sino una previsión legal de responsabilidad por deudas ajenas (las de la sociedad de la que es administrador o liquidador) exigible cuando concurre un determinado supuesto de hecho”. SAP Madrid (Secc. 28ª) 05.02.08 – Id Cendoj: 28079370282008100034

<sup>761</sup> Otra razón sería la interpretación sistemática del precepto. El último inciso del art. 172.2.3º de la Ley Concursal contiene una previsión de responsabilidad resarcitoria tanto de las personas afectadas por la calificación como de los cómplices, exigible en todo supuesto de concurso culpable, sin que, a juicio de la Sala, existan motivos apreciables que permitan limitar dicha responsabilidad por daños a los supuestos de obtención indebida de bienes del patrimonio social o de la masa, sin que a estos efectos el derogado art. 894 del Código de Comercio de 1885 pueda ser considerado como un antecedente determinante en la interpretación de la norma actual, puesto que el ámbito de aplicación del anterior precepto se limitaba a los cómplices y en él la previsión de abono de "intereses e indemnización de daños y perjuicios" se contenía como claramente accesoria de la reintegración a la masa de los bienes, derechos y acciones indebidamente sustraídos, lo que no ocurre en la redacción del comentado precepto de la vigente Ley Concursal. Es significativo a estos efectos que cuando el inciso final del art. 169.1 de la Ley Concursal prevé que en el informe de la administración concursal se exprese la identidad de las personas a las que deba afectar la calificación y la de las que hayan de ser consideradas cómplices "así como la determinación de los daños y perjuicios que, en su caso, se hayan causado por las personas anteriores", no se limita tal causación de daños y perjuicios a la indebida sustracción de bienes o derechos del patrimonio del deudor o de la masa activa, sino que se contiene la expresión sin adición de inciso alguno restrictivo de su alcance. La norma contenida en dicho art. 172.2.3º regula una serie de consecuencias derivadas de la calificación del concurso como culpable, en todos los casos (ya se haya abierto la sección de calificación como consecuencia de un convenio gravoso o por la apertura de la fase de liquidación, con o sin déficit) y que afectan a todas las personas que han intervenido en la conducta determinante de la calificación del concurso como culpable, bien directamente (personas afectadas por la calificación), bien como cómplices. Tales consecuencias consisten en la pérdida de sus derechos como acreedores, la devolución de los bienes indebidamente obtenidos del patrimonio del deudor o de la masa, y la indemnización de (todos) los daños y perjuicios causados, como régimen no agravado de responsabilidad civil, de naturaleza resarcitoria por contener la exigencia de relación causal entre la conducta y el daño a indemnizar propio de este tipo de responsabilidad. Pues bien, tras esta previsión del art. 172.2.3º de la Ley Concursal, la norma del art. 172.3 de la Ley Concursal contiene una previsión más severa para aquellos casos más graves de concurso culpable, como son los que han desembocado en la fase de liquidación con insuficiencia patrimonial. En tales casos, se establece, "además", un régimen agravado de responsabilidad civil de quienes hubieran sido administradores o liquidadores de la persona jurídica concursada en los dos años previos a la declaración de concurso. Carece de sentido, pues, que la responsabilidad civil del art. 172.3 de la Ley Concursal sea de la misma naturaleza, resarcitoria, que la del art. 172.2.3º de la Ley Concursal, pues entonces aquélla sería superflua, redundante e innecesaria.” SAP Madrid (Secc. 28ª) 05.02.08 – Id Cendoj: 28079370282008100034

referida en el art. 172.3 LC (hoy art. 172 bis LC), en la que únicamente se exige la previsión de un concurso que se califique como culpable y que se vaya a producir un déficit patrimonial, sin que en el precepto haya referencia a la existencia de un daño o de una relación causal entre los hechos de los que dimane la calificación del concursal y el déficit resultante<sup>762</sup>

- (iv) La posibilidad de establecer ciertos paralelismos entre las responsabilidades societarias y las concursales. En este sentido, en el Derecho de Sociedades habría supuestos de responsabilidad por daños (arts. 133 y ss. LSA – hoy art. 236 y ss LSC) y por deudas (arts. 262.5 LSA y 105 LSRL –hoy art. 367 LSC), que podrían corresponderse con el régimen concursal de la responsabilidad por daños (arts. 172.2.3 LC) y por deudas (art. 172.3 LC – hoy art.. 172 bis LC)), como justificación sistemática<sup>763</sup>. Además se añadiría el hecho de que entender el art. 172.3 LC (hoy art. 172 bis LC) como una responsabilidad por daños implicaría reconocer que el régimen societario sería más severo que el concursal, cuando es, precisamente, en esta última sede donde se contemplan las conductas más graves. No podría aceptarse un régimen más benévolo en sede concursal que el previsto para la responsabilidad societaria por deudas, e incluso que el previsto para la responsabilidad por daños, en cuanto que en este último caso basta cualquier grado de negligencia, mientras que la calificación culpable del concurso requiere culpa grave o dolo<sup>764</sup>.

---

<sup>762</sup> Otro argumento de carácter sistemático es la interpretación de la norma del art. 172.3 de la Ley Concursal en relación a la del art. 48.3 de la misma ley. Sentado que, como resulta claramente de su redacción, esta norma prevé una medida de carácter cautelar accesoria e instrumental de la pretensión del art. 172.3 de la Ley Concursal, la exigencia, para que pueda acordarse el embargo de bienes y derechos de los administradores, de dos requisitos constitutivos de la apariencia de buen derecho, consistentes en que de lo actuado resulte fundada la posibilidad 1º) de que el concurso se califique como culpable y 2º) de que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas, sin añadir el precepto legal ninguna exigencia relativa a la concurrencia, al menos indiciaria, de una relación de causalidad entre la conducta determinante de la probable calificación del concurso como culpable y el probable déficit concursal, es indicativa de la ausencia de carácter resarcitorio de la responsabilidad concursal prevista en el art. 172.3 de la Ley Concursal, de la que el embargo preventivo del art. 48.3 es, como se ha dicho, una medida cautelar, por lo que la apariencia de buen derecho exigida por la ley para acordarlo debería estar referida, del modo indiciario propio de su naturaleza cautelar, a los elementos necesarios para acordar la procedencia de tal responsabilidad concursal. SAP Madrid (Secc. 28ª) 05.02.08 – Id Cendoj: 28079370282008100034

<sup>763</sup> SAP León (Secc. 1ª) 13.10.09 - Id Cendoj: 24089370012009100391

<sup>764</sup> La interpretación sistemática del precepto debe llevar también a relacionarlo con el régimen de responsabilidad civil de los administradores sociales previsto en las normas societarias. En estas normas se establece un régimen legal con una dualidad de responsabilidades, por daños (art. 133 de la Ley de Sociedades Anónimas), a la que podría equipararse la del art. 172.2.3º de la Ley Concursal, y por deudas (arts. 262.5 de la Ley de Sociedades Anónimas y 105.5 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad



- (v) El proceso de elaboración normativa de la responsabilidad concursal, respecto de las enmiendas efectuadas al precepto, en cuanto pretendían evitar la configuración de una responsabilidad de naturaleza sancionadora fueron rechazadas<sup>765</sup>.
- (vi) No todas las causas que determinan la calificación del concurso (arts. 164 y 165 LC) exigen, necesariamente, relación causal entre ellas y la generación o agravación de la insolvencia, por ello, el incumplimiento de los supuestos en esas normas previstos y que conlleva la declaración del concurso como culpable (con las presunciones de dolo y culpa grave previstas en el art. 165 LC), no puede llevar a exigir una nueva relación causal para la imposición de la responsabilidad ex art. 172.3 LC (hoy art. 172 bis LC). La existencia del art. 164.2 LC, que contiene conductas que suponen incumplimientos muy graves de deberes esenciales de los administradores supone un grave obstáculo porque las mismas, en sí mismas, ya presuponen la generación de la insolvencia sin que sea posible acreditar, en la mayoría de las ocasiones, un curso causal con daños concretos.<sup>766</sup>

---

Limitada), a la que podría equipararse la del art. 172.3 de la Ley Concursal, naturalmente con las diferencias que resultan de los pormenores de cada regulación. No parece razonable, a juicio de esta Sala, que el régimen de responsabilidad de los administradores sociales sea más severo en supuestos como los de los citados arts. 262.5 de la Ley de Sociedades Anónimas y 105.5 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, en los que las conductas determinantes de la responsabilidad no son por regla general tan graves como las previstas en los arts. 164 y 165 de la Ley Concursal, y en los que la sociedad no se encuentra declarada en concurso, en fase de liquidación y con déficit patrimonial, que en el supuesto del art. 172.3 de la Ley Concursal, en el que sí concurren esos factores que suponen una mayor gravedad de la situación y una mayor reprochabilidad de la conducta de los administradores. De admitir la tesis del carácter resarcitorio de la responsabilidad del art. 172.3 de la Ley Concursal, incluso el régimen de responsabilidad del art. 133.1 y concordantes de la Ley de Sociedades Anónimas sería más severo, puesto que en él no se exige una especial cualificación en la negligencia del administrador causante del daño, mientras que en el caso del art. 172.3 de la Ley Concursal, por la regulación de las causas de calificación del concurso como culpable, sería precisa la concurrencia de alguna de las graves conductas previstas en los arts. 164.2 o 165 de la Ley Concursal, o, con carácter general, que la conducta de los administradores que hubiera causado o agravado la insolvencia pudiera calificarse como dolosa o gravemente culposa (art. 164.1).” SAP Madrid (Secc. 28ª) 05.02.08 – Id Cendoj: 28079370282008100034

<sup>765</sup> “Otro dato a tomar en consideración para interpretar el precepto legal es lo acaecido durante la tramitación parlamentaria de la Ley Concursal, y no tanto por las modificaciones operadas en el proyecto de ley sino justamente por las que fueron rechazadas, puesto que las enmiendas que pretendieron introducir en el texto del precepto los elementos propios de una responsabilidad resarcitoria (“que exista relación de causa a efecto entre los actos dolosos o negligentes y la falta de cobro por parte de los acreedores.”; “la cuantía de la cantidad a pagar será proporcional al daño causado por quienes hubieran producido o agravado el estado de insolvencia”) fueron rechazadas tanto en el Congreso como en el Senado, lo que no se compagina con la consideración de la responsabilidad prevista en el art. 172.3 de la Ley Concursal como de carácter resarcitorio.” SAP Madrid (Secc. 28ª) 05.02.08 – Id Cendoj: 28079370282008100034

<sup>766</sup> “Habida cuenta de la expresada regulación de las causas de calificación del concurso como culpable, en los casos en que la calificación se haya realizado en base a la cláusula general del art. 164.1 o a las

- (vii) Si la responsabilidad concursal fuera resarcitoria sería preciso establecer el engarce causal entre la conducta reprochada y los daños generados, cuando no son identificables. Es un error asimilar déficit concursal y daño ya que la condena recae sobre los créditos concursales y no sobre la indemnización a reparar un daño<sup>767</sup>.
- (viii) La naturaleza sancionadora sería coherente con la configuración de la condena a pagar a todos los acreedores concursales, puesto que para considerar la existencia de una responsabilidad indemnizatoria habría que individualizar cada uno de los acreedores que debieran ser indemnizados, lo que conllevaría por ejemplo excluir a aquellos que pudieran haber asumido el riesgo derivado de la conducta considerada ilícito concursal respecto de la solvencia de la sociedad.<sup>768</sup>

---

presunciones iuris tantum del art. 165 de la Ley Concursal, la exigencia legal de que en tales casos se aprecie la existencia de una relación de causalidad entre la conducta genérica dolosa o gravemente culpable del deudor o de su representante, art. 164.1, o entre las conductas previstas en los distintos apartados del art. 165 de la Ley Concursal, y la generación o agravamiento de la insolvencia, supone que la propia calificación del concurso como culpable contiene la determinación de la relación de causalidad entre tal conducta y el déficit patrimonial del concurso. Y en los casos en los que el concurso se califique como culpable por concurrir alguno de los supuestos del art. 164.2 de la Ley Concursal, la previsión de que el concurso ha de calificarse "en todo caso" como culpable lleva implícito el enlace causal ex lege entre la conducta del deudor o su representante y la insolvencia. Por ello, una vez que la sentencia que se dicta en la sección de calificación ha declarado el concurso culpable (art. 171.1), no se exige una nueva determinación de esa relación causal para proceder en tal sentencia a la imposición de la responsabilidad concursal del art. 172.3 a los administradores o liquidadores a los que subjetivamente pueda imputarse la conducta determinante de la calificación del concurso como culpable. Si interpretamos el art. 172.3 de la Ley Concursal en el sentido de que establece una responsabilidad resarcitoria, en la que es necesaria la prueba en cada caso concreto de la relación de causalidad entre la conducta ilícita y el daño, resultará el contrasentido de que dicha responsabilidad concursal no podrá acordarse en la mayoría de los casos de concurso culpable, en especial en los supuestos en que las conductas han sido más graves, los del art. 164.2 de la Ley Concursal, en las que justamente por esa gravedad, "por su intrínseca naturaleza", el ordenamiento jurídico exime de la prueba de la relación de causalidad entre tal conducta y la insolvencia para que el concurso pueda calificarse como culpable, puesto que el enlace causal se preestablece en la misma norma legal". SAP Madrid (Secc. 28ª) 05.02.08 – Id Cendoj: 28079370282008100034

<sup>767</sup> SAP León (Secc. 1ª) 13.10.09 - Id Cendoj: 24089370012009100391

<sup>768</sup> "El carácter sancionatorio del pronunciamiento de condena previsto por el artículo 172.3 de la LC es coherente con la consideración globalizada de los créditos que en dicho precepto se contempla (se impone la sanción por la calificación culpable del concurso en relación con el déficit concursal y no en relación con cada crédito en concreto). Si la decisión se fundara en el daño causado y el consecuente resarcimiento, habría que efectuar una valoración individualizada de la legitimación de cada uno de los acreedores. Pongamos por ejemplo la diferente situación en que nos encontraríamos en el supuesto de un acreedor que es conocedor del artificio contable empleado para encubrir una situación de insolvencia y que, no obstante, contrata con la sociedad, y el de otro acreedor que lo ignora por completo: en el primer caso no surgiría responsabilidad del administrador (STS de 16 de febrero y de 28 de abril de 2006), en tanto que sí surgiría en el segundo caso. Si siguiéramos la doctrina de la responsabilidad-resarcimiento no sería posible generalizar la declaración de responsabilidad en relación con el conjunto de los créditos y tendríamos que analizar la legitimación concreta de cada acreedor o la situación concreta de cada crédito y la incidencia de los actos u omisiones de los administradores en relación con cada uno de ellos; situación ésta completamente contraria a la finalidad del precepto que contempla un tratamiento general de todos ellos". SAP León (Secc. 1ª) 13.10.09 - Id Cendoj: 24089370012009100391

Se ha afirmado, también, que en la fase de calificación se conjugan los intereses individuales de los acreedores con la tutela del interés público que ya se contemplaba en la antigua pieza de calificación en la quiebra y que, por ello, se establece un sistema represivo en esta fase contra aquellas conductas más graves<sup>769</sup> del que resultan beneficiados los acreedores y que implica una protección de estos a través de la imposición de un mecanismo de represión de esas conductas desvaloradas.

Uno de los mayores problemas que se han opuesto a favor de la responsabilidad indemnizatoria, por sus defensores, ha sido el de la utilización del término “podrá” contemplado en el artículo 172.3 LC (hoy art. 172 bis LC), al afirmar que “la sentencia podrá, además, condenar a los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, de la persona jurídica cuyo concurso se califique como culpable” y de *lege lata*, en el art. 172 bis.1 LC cuando se establece que “el juez podrá condenar a todos o a algunos de los administradores...de la persona jurídica concursada....que hubieran sido declarados personas afectadas por la calificación”. Se afirma por parte de la

---

<sup>769</sup> “En la regulación legal de la sección de calificación del concurso se conjuga la protección de los intereses individuales de los acreedores con la tutela del interés público que justifica la intervención del Ministerio Fiscal, tutela del interés público que regía de modo principal la antigua pieza de calificación de quiebra, respecto de la que el Tribunal Supremo había declarado que era materia de interés público (Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 9 de noviembre de 1950). La regulación legal de la sección de calificación del concurso, y dentro de ella la de la responsabilidad concursal de los administradores sociales del art. 172.3 de la Ley Concursal, persigue reprimir conductas que el legislador ha considerado especialmente graves, por las conclusiones obtenidas a través de la experiencia en materia concursal (de la que se desprende la aptitud o idoneidad objetiva de ciertas conductas para provocar insolvencias no fortuitas, en los que los principales perjudicados son los acreedores, o las graves consecuencias de la deslealtad y falta de colaboración del deudor en los procesos concursales) y en base a criterios de introducción en el tráfico económico de pautas éticas consideradas imprescindibles. Esta conjunción de protección del interés público y protección de los intereses de los acreedores anuda a la calificación del concurso como culpable consecuencias que suponen la protección directa de ese interés general (como es la inhabilitación para administrar bienes ajenos y representar o administrar a cualquier persona) pero también la satisfacción de los acreedores, “finalidad esencial del concurso” (apartado II de la exposición de motivos de la Ley Concursal), mediante la condena a la cobertura total o parcial por parte de administradores o liquidadores sociales, en caso de concurrencia de estas conductas reprochables, del déficit resultante en la liquidación del patrimonio social, en los supuestos agravados de concurso culpable con déficit patrimonial en la fase de liquidación. De esta tutela de los intereses de los acreedores resulta también, indirectamente, una protección de los intereses generales por medio de la introducción de unas mínimas pautas éticas en el tráfico económico y la función de prevención general que supone la aplicación de ese régimen agravado de responsabilidad civil a los supuestos de conductas empresariales reprochables asociadas a concursos con graves déficits patrimoniales que impiden incluso la suscripción de un convenio gravoso. Esta técnica que persigue la imposición de pautas de corrección en el tráfico económico mediante la identificación de conductas ilícitas no sólo reprobables sino, como ha demostrado la experiencia, objetivamente idóneas para provocar quebranto a otros sujetos de derecho, y la anudación a las mismas de un régimen agravado de responsabilidad del que resultan beneficiarios no las Administraciones Públicas sino los particulares perjudicados por la situación, no es nueva, puesto que ha sido utilizada por otras normas legales, como es el caso de los citados arts. 262.5 de la Ley de Sociedades Anónimas y 105.5 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitadas”. SAP Madrid (Secc. 28ª) 05.02.08 – Id Cendoj: 28079370282008100034

jurisprudencia<sup>770</sup>, que postula esta naturaleza indemnizatoria, que necesariamente la modulación derivada de dicho término ha de responder a una responsabilidad resarcitoria, puesto que dado que el juez podrá condenar, también puede no condenar, y para hacerlo debe acudir a algún criterio, lo que implica hacerlo al esquema de la responsabilidad por daño y culpa. Así la responsabilidad que se impondrá al administrador estará en función de cómo su conducta haya generado o agravado la insolvencia, lo que moderará la cuantía de los créditos insatisfechos a los que ha de hacer frente. Es decir, en la medida en la que el administrador es responsable de los hechos que generan la calificación como culpable del concurso, en esa medida ha de asumir las consecuencias de la insolvencia generada. Frente a ello, la jurisprudencia favorable a la naturaleza sancionadora o “ex lege”, ha determinado que aunque este término no pueda ser precisamente acertado, el utilizarlo no exige acudir a la responsabilidad resarcitoria como único mecanismo para interpretar la aplicación de dicho término, sino que puede venir referido a que no todos aquellos que han sido administradores, en el período previsto de dos años para el análisis de la calificación concursal, cabe que sean condenados, sino sólo a los que sean considerados como personas afectadas, requiriéndose la imputación subjetiva individualizada, de qué parte del déficit han de responder. El término “podrá” no sería así un instrumento de arbitrariedad sino el reconocimiento de una facultad moderadora que requiere de la consiguiente motivación<sup>771</sup>.

---

<sup>770</sup> SAP A Coruña (Secc. 4ª) 13.10.08 - Id Cendoj: 15030370042008100532. “El art. 172.3 LC otorga al Juez la facultad de poder condenar o no a los administradores: “...,la sentencia podrá, además, condenar a los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, de la persona jurídica cuyo concurso se califique como culpable, y a quienes hubieren tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso, a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa.”. De tal modo no es una consecuencia necesaria de la calificación de concurso culpable, por tanto en caso de condena el Juez debe acudir a un criterio y éste responde al esquema de la responsabilidad por daño y culpa, entre la actuación del administrador de derecho o de hecho que hubiere generado o agravado la insolvencia, y en este último caso valorará su participación en la agravación para moderar el alcance de la responsabilidad y con ello la parte de los créditos insatisfechos a que debe ser condenado a pagar a los acreedores concursales, el importe, total o parcial, que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa. Y desde el momento en que el administrador declarado persona afectada por la calificación culpable del concurso es responsable de los hechos que han justificado tal calificación, en la misma medida también lo es de las consecuencias de la insolvencia generada o agravada por su conducta, consecuentemente del importe que de sus créditos no perciban los acreedores concursales en la liquidación de la masa activa, de ahí la relación de causalidad entre la culpa y el daño sufrido.”

<sup>771</sup> “La utilización en el precepto del término “podrá” no obsta lo expuesto ni implica, a juicio de esta sala, que haya de optarse por la tesis de la responsabilidad resarcitoria por ser la única modulación posible la resultante de la apreciación de una efectiva relación de causalidad entre conducta y daño. Sin perjuicio de que la redacción del precepto legal, y en concreto el uso de esa expresión, no sea precisamente feliz (lo que ha provocado que los operadores jurídicos hayan vertido ríos de tinta sobre lo que parece no ser otra

La situación jurisprudencial se mantuvo en este sentido, con dos claras posiciones enfrentadas, la naturaleza resarcitoria<sup>772</sup> y la naturaleza ex lege o sancionadora, que no ligaba la condena a ningún criterio causalista o, más bien, de imputación de ningún resultado como presupuesto para efectuar la condena correspondiente al déficit<sup>773</sup>. En este estado, comenzaron a producirse las primeras sentencias del Tribunal Supremo, con una línea no siempre homogénea y a cuyas principales resoluciones abordamos a continuación, vinculadas a las diversas modificaciones que la norma ha ido sufriendo.

El Tribunal Supremo, se pronunció por primera vez, sobre esta cuestión, en la STS (S. 1ª) 23.02.11, negando la naturaleza sancionadora del art. 172.3, ya que la misma se imputaría en función de la generación o agravación de la insolvencia, implicando una función similar a la responsabilidad por daños<sup>774</sup>. En este mismo sentido, se pronunció la posterior STS (S. 1ª) 12.09.11<sup>775</sup>.

---

cosa que una cierta imprecisión en la redacción del texto del precepto), tal expresión puede perfectamente hacer referencia, y así lo entendemos, a la circunstancia de que no necesariamente a todo el que haya sido administrador o liquidador de la sociedad en los dos años anteriores a la declaración del concurso le será exigible tal responsabilidad, sino tan sólo a aquellos que hayan sido considerados, por su participación en la conducta determinante de la calificación de culpabilidad del concurso, como personas afectadas por tal calificación, puesto que es necesaria la imputación subjetiva a cada administrador o liquidador de la conducta determinante de la calificación del concurso como culpable, y a que la imposición de tal responsabilidad puede ser por el todo o por parte del déficit concursal. Con la utilización de la expresión "podrá" se da cabida, sin necesidad de nuevas precisiones, a estas dos variables (condena a todos o parte de los administradores o liquidadores, coetáneos o sucesivos, a cubrir todo o parte del déficit concursal). Que el juez del concurso, en la sentencia, pueda graduar la responsabilidad, acordándola por la totalidad o por parte del déficit concursal, en atención a factores tales como la gravedad de la conducta determinante del carácter culpable del concurso, la intensidad de la participación de cada administrador o liquidador en la misma, etc., no puede considerarse que atribuya al mismo poderes arbitrarios, sino que supone la atribución de una facultad moderadora, que ha de ser ejercitada motivadamente, para impedir las consecuencias excesivamente severas que supondría un rígido automatismo en la imposición de tal responsabilidad por el total del déficit concursal a todos los administradores o liquidadores, siempre y en todo caso. Hemos de recordar que una facultad moderadora de esta naturaleza no resulta extravagante en nuestro ordenamiento jurídico (arts. 1103 y 1889 del Código Civil o art. 65.3 de la propia Ley Concursal)". SAP Madrid (Secc. 28ª) 05.02.08 – Id Cendoj: 28079370282008100034

<sup>772</sup> De la que son reflejo la SAP (Secc. 15ª) Barcelona, 21.02.08 - Id Cendoj: 08019370152008100098; SAP Jaén (Secc. 1ª) 10.03.08 - Id Cendoj: 23050370012008100028

<sup>773</sup> Por todas, SAP Tarragona (Secc. 1ª) 07.02.08 - Id Cendoj: 43148370012008100102, SAP Asturias (Secc. 1ª) 13.11.09 - Id Cendoj: 33044370012009100389

<sup>774</sup> Id Cendoj: 28079110012011100111 "el artículo 172, apartado 3, cuya indebida aplicación se denuncia en el motivo, carece de la naturaleza sancionadora que le atribuye el recurrente, dado que en él la responsabilidad de los administradores o liquidadores sociales - sean de hecho o de derecho - deriva de serles imputable - por haber contribuido, con dolo o culpa grave - la generación o agravamiento del estado de insolvencia de la sociedad concursada, lo que significa decir el daño que indirectamente sufrieron los acreedores de Restaurante Asador Vizcaya, SA, en una medida equivalente al importe de los créditos que no perciban en la liquidación de la masa activa. En definitiva, tal como ha sido aplicada por la Audiencia Provincial, la mencionada norma cumple una función reguladora de responsabilidad por daño que la aleja del ámbito de aquellas que en el motivo se dicen infringidas". .

<sup>775</sup> Id Cendoj: 28079110012011100583

Quiebra esta línea la STS (S 1ª) 06.10.11<sup>776</sup>, que no sólo desliga, de la conducta que conlleva la calificación del concurso, algún resultado lesivo sino que, y quizás es lo más relevante, condena al déficit en virtud de lo que denomina ilícitos de mera actividad. En este sentido, se comienza afirmando que del tenor del precepto, la responsabilidad no es una consecuencia necesaria de la mera calificación del concurso como culpable, sino requerida una “justificación añadida” y para que proceda dicha condena es necesario que

“el Juez valore, conforme a criterios normativos y al fin de fundamentar el reproche necesario, los distintos elementos subjetivos y objetivos del comportamiento de cada uno de los administradores en relación con la actuación que, imputada al órgano social con el que se identifican o del que forman parte, había determinado la calificación del concurso como culpable, ya sea el tipificado por el resultado en el apartado 1 del artículo 164 - haber causado o agravado, con dolo o culpa grave, la insolvencia -, ya el de mera actividad que describe el apartado 2 del mismo artículo - haber omitido sustancialmente el deber de llevar contabilidad, presentar con la solicitud documentos falsos, haber quedado incumplido el convenio por causa imputable al concursado... -

Este reconocimiento de dos tipos de ilícitos concursales, los que se tipifican por el resultado (art. 164.1 LC) y los que son de mera actividad (art. 164.2 LC), constituye una afirmación de una entidad muy relevante, puesto que admite la posibilidad de conductas que generan responsabilidad y que motivaron la calificación, pero que son ajenas a la producción del resultado determinado por la generación o agravación de la insolvencia<sup>777</sup>. No obstante, la propia STS termino afirmando que las afirmaciones sobre los ilícitos concursales de mera actividad no impedían que se negara una naturaleza sancionadora en sentido estricto, como se había efectuado en sus sentencias anteriores.

---

<sup>776</sup> Id Cendoj: 28079110012011100674

<sup>777</sup> La Ley 22/2.003 sigue dos criterios para describir la causa de que el concurso deba ser calificado como culpable. Conforme a uno de ellos, previsto en el apartado 1 del artículo 164, la calificación depende de que la conducta, dolosa o gravemente culpable, del deudor o de sus representantes legales o, en caso de tratarse de una persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, haya producido un específico resultado externo: la generación o la agravación del estado de insolvencia del concursado. Según el otro, previsto en el apartado 2 del mismo artículo, la calificación es ajena a la producción del referido resultado y está condicionada a la ejecución por el sujeto agente de alguna de las conductas descritas en la propia norma. Este mandato de que el concurso se califique como culpable " en todo caso [...], cuando concurra cualquiera de los siguientes supuestos ", evidencia que la ejecución de las conductas, positivas o negativas, que se describen en los seis ordinales de la norma, es determinante de aquella calificación por sí sola - esto es, aunque no haya generado o agravado el estado de insolvencia del concursado o concursada-. Por ello, recurriendo a los conceptos tradicionales, puede decirse que el legislador describió en la primera norma un tipo de daño y, en la segunda, uno - varios - de mera actividad, respecto de aquella consecuencia". STS (S 1ª) 06.10.11 - Id Cendoj: 28079110012011100674

En este estado jurisprudencial, se aprobó la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que trasladó la responsabilidad concursal a un nuevo precepto, donde se encuentra ubicada actualmente, que es el art. 172 bis LC, aclarando lo que no parecía anteriormente muy discutible y es que, la posible condena, sólo podía recaer sobre quienes hubieran sido declarados como personas afectadas por la calificación. En esta reforma se amplió el ámbito subjetivo y se incluyó a los apoderados generales entre las posibles personas afectadas por la calificación, ya en el art. 164 LC, reiterándose en el art. 172 y en el art. 172 bis, todos de la LC. No obstante, la modificación más sustancial respecto de la responsabilidad concursal deviene del cambio sufrido en el objeto de la condena. En el texto original, la condena consistía en “pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa”, mientras que, con la reforma, la condena era “a la cobertura, total o parcial, del déficit” (art. 172 bis. 1 LC), lo que se ratificaba en el apartado 3 del mismo precepto al afirmar que “Todas las cantidades que se obtengan en ejecución de la sentencia de calificación se integrarán en la masa activa del concurso.”<sup>778</sup>. Se ha indicado que dicha modificación se correspondía con la interpretación a la que abocaba la anterior regulación, puesto que en términos literales, de la condena no podrían beneficiarse los acreedores contra la masa, ya que no estarían ligados causalmente a la generación o agravación de la insolvencia<sup>779</sup>.

A las reformas referidas se une otro elemento que va a servir para caracterizar la responsabilidad, frente a las interpretaciones anteriores, y es que frente a las posiciones doctrinales que defendían la responsabilidad solidaria de los administradores condenados en base al art. 172.3 LC (texto original), el nuevo art. 172 bis indica que “En caso de pluralidad de condenados, la sentencia deberá individualizar la cantidad a satisfacer por cada uno de ellos, de acuerdo con la participación en los hechos que hubieran determinado la calificación del concurso”. La individualización de la responsabilidad es un claro criterio de imputación que aleja la condena de la protección de intereses jurídico-privados, puesto que evita la recíproca cobertura de la insolvencia entre los corresponsables de la deuda, perjudicando, en su caso, al acreedor para la

---

<sup>778</sup> QUIJANO GONZÁLEZ, J., “La responsabilidad concursal tras la reforma de 2011”, en *eprints.ucm.es* 2012/67, p. 24 y ss. defiende que aunque la construcción inicial de esta responsabilidad se encuadraba en un contexto sancionador, tras las reformas de 2011, se comprende como una variante de la responsabilidad indemnizatoria.

<sup>779</sup> MUÑOZ PAREDES, A., *Tratado Judicial de la Responsabilidad de los Administradores. La Responsabilidad Concursal...cit.*, p. 376

satisfacción de la responsabilidad reconocida, puesto que si bien en la responsabilidad extracontractual la regla viene siendo la de la solidaridad<sup>780</sup> -del mismo modo para la responsabilidad civil de los administradores cuando hay pluralidad, por la imputación al órgano<sup>781</sup>-, en materia sancionadora, por la finalidad de desvalor de la conducta, reproche del sujeto y la imputabilidad de éste, es presupuesto la individualización de la pena<sup>782</sup>.

Tras citada la reforma legal, la jurisprudencia del Tribunal Supremo mantiene sus postulados como se refleja en la STS (S 1ª) 17.11.11<sup>783</sup>, que ratifica la STS (S 1ª) 06.10.11. Posteriormente, siguiendo esta doctrina, se pronuncia la STS 21.03.12, que, no obstante, contiene un pronunciamiento de relevancia al afirmar que aunque la naturaleza no era sancionadora, la responsabilidad prevista en el art. 172.3 LC (hoy art. 172 bis LC), no era por daño sino por deuda ajena<sup>784</sup>. Esta idea de la deuda ajena,

---

<sup>780</sup> Sobre la solidaridad en la responsabilidad civil, véase YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad Civil Extracontractual. Parte general...cit.*, p. 435 y ss.;

<sup>781</sup> sobre la responsabilidad solidaria de los administradores véase MARÍN DE LA BÁRCENA, F., *La acción individual de responsabilidad frente a los administradores de sociedades de capital...cit.*, p. 199 y ss.

<sup>782</sup> Véase sobre esta cuestión, por todos, QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General del Derecho Penal...cit.*, p. 767 y ss.

<sup>783</sup> Id Cendoj: 28079110012011100787

<sup>784</sup> Id Cendoj: 28079110012012100234 "La sentencia 644/2011, de 6 de octubre, precisó que la Ley 22/2003 seguía dos criterios para describir la causa por la que un concurso debe ser calificado como culpable. Conforme a uno, el previsto en el apartado 1 de su artículo 164, la calificación depende de que la conducta, dolosa o gravemente culposa, del deudor o de sus representantes legales o, en caso de tratarse de una persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, hubiera producido como resultado la generación o la agravación del estado de insolvencia del concursado. Según el otro, previsto en el apartado 2 del mismo artículo, la calificación es ajena a la producción de ese resultado y está condicionada a la ejecución por el sujeto agente de alguna de las conductas descritas en la propia norma. Contiene este segundo precepto el mandato de que el concurso se califique como culpable " en todo caso [...], cuando concurra cualquiera de los [...] supuestos " y ello no puede sino significar que la ejecución de las conductas, positivas o negativas, que se describen en los seis ordinales del apartado 2 del artículo 164, basta para determinar aquella calificación por sí sola. Esto es, aunque no hubiera generado o agravado el estado de insolvencia del concursado o concursada - a diferencia de lo que exige el apartado 1 del mismo artículo -. En la sentencia 994/2011, de 16 de enero, reiteramos esa interpretación. Y en la 614/2011, de 17 de noviembre, precisamos que el artículo 165 no contiene un tercer criterio respecto de los dos que han quedado indicados, sino " una norma complementaria de la del artículo 164, apartado 1 ". En relación con el apartado 3 del artículo 172 - cuya aplicación al caso litigioso ha sido impugnada por la concursada y su administrador -, expusimos en la citada sentencia 644/2011, de 6 de octubre, que la condena de los administradores de una sociedad concursada a pagar a los acreedores de la misma, en todo o en parte, el importe de los créditos que no perciban en la liquidación de la masa activa, no es, según la letra y el espíritu de la norma, una consecuencia necesaria de la calificación del concurso como culpable, sino que requiere una justificación añadida. Razón por la que para pronunciar la condena a la cobertura del déficit concursal y, en su caso, para identificar a los administradores obligados y la parte de la deuda a que aquella alcanza, además de la concurrencia de los condicionantes impuestos por el propio apartado del artículo 172 - la formación o reapertura de la sección de calificación ha de ser consecuencia del inicio de la fase de liquidación -, es necesario que el Juez llegue a aquella conclusión tras valorar, conforme a criterios normativos y al fin de fundamentar el reproche necesario, los distintos elementos subjetivos y objetivos del comportamiento del administrador o de cada uno de los administradores en relación con la actuación que, imputada al órgano social con el que se identifican o del que forman parte, determinó la



derivada de la necesaria separación de la responsabilidad concursal del ámbito de la responsabilidad indemnizatoria, comenzó a modificar planteamientos inicialmente contrarios en la jurisprudencia, dado que el resultado de la generación o agravación de la insolvencia no era ya una exigencia para imputar la responsabilidad, si la causa del concurso culpable se podía encontrar en alguna de las conductas del art. 164.2 LC y, por ello, la Audiencia Provincial de Barcelona, que había sido pionera y principal defensora de la posición indemnizatoria modificó su criterio en la SAP (Secc. 15ª) 23.04.12, apoyándose, para ello, en la reforma legislativa derivada de la Ley 38/2011 y en jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la consideración de esta responsabilidad como una responsabilidad por deudas<sup>785</sup>.

---

calificación del concurso como culpable. Es decir, el tipificado por el resultado en el apartado 1 del artículo 164 - haber causado o agravado, con dolo o culpa grave, la insolvencia -, o, como sucede en el caso enjuiciado, el de mera actividad que describe el apartado 2 del mismo artículo. Expusimos, y reiteramos ahora, que no se corresponde con la lógica de los preceptos examinados condicionar la condena del administrador a la concurrencia de un requisito que resulta ajeno a la descripción del tipo imputado al órgano social - y, al fin, a la sociedad -, que fue el que dio lugar a la calificación del concurso como culpable. ....Y no contradice lo expuesto el que, en la sentencia 644/2011, de 6 de octubre - con el único fin de derivar de la calificación alguna consecuencia de interés para la decisión del respectivo recurso y no con el de terciar en una polémica de esencia dogmática, muy actual pero de escasa utilidad para la interpretación de los preceptos concernidos - hayamos atribuido a la responsabilidad de los administradores que regula el apartado 3 del artículo 172 una función no sancionadora, en sentido estricto, sino más bien resarcitoria de los insatisfechos acreedores - que, al fin, verán ampliado el número de personas a las que pueden reclamar el pago de la deuda -, para destacar que esa fue la idea que, en tal supuesto y en otros parecidos, inspiró al legislador para obligar al cumplimiento de la deuda ajena y le llevó a redactar la repetida norma en los términos en que lo hizo, no en otros”.

<sup>785</sup> Id Cendoj: 08019370152012100094. “Que no se trata de una acción estricta de resarcimiento o de daños resulta del contexto en el que la norma en examen (el originario art. 172.3 LC ) estaba enclavado: de forma separada aunque cercana a la verdadera responsabilidad por daños derivados de la calificación concursal, la establecida en el art. 172.2, 2.º LC . Ésa si es una responsabilidad que debe ser declarada << atendiendo, en todo caso, a la gravedad de los hechos (la culpa) y la entidad del perjuicio (el daño)>>, pero no así la del art. 172.3, que no tendría sentido alguno si su contenido se identificara con el art. 172.2, 2.º LC , pues quedaría convertida en una norma que nada añade a la anterior. 4. La doctrina jurisprudencial a la que antes nos hemos referido no le atribuye el carácter de una acción de daños porque cuando se refiere a su función resarcitoria no se refiere al daño directo sino a algo distinto, el " daño que indirectamente fue causado a los acreedores ". Por consiguiente, si lo que se debe tomar en consideración a los efectos de determinar la condena del administrador no es el daño directo sino el indirecto, como el TS afirma, podría decirse que ello equivale a que no debe exigirse la prueba, ni siquiera la existencia, de nexo causal entre el importe de la condena y el hecho determinante de la declaración culpable del concurso. Lo que entendemos que el Tribunal Supremo ha querido afirmar no es que se trate de una responsabilidad por daños (que exigiría la prueba de la culpa y del nexo causal entre los hechos determinantes de la declaración de concurso culpable y la concreta cantidad por la que se ha producido el agravamiento o generación de la insolvencia) sino que se trata de una responsabilidad por deudas, por el déficit o descubierto generado en la sociedad. Sólo así se puede explicar que la STS de 6 de octubre, la más significativa de todos esos antecedentes jurisprudenciales, no haya estimado el recurso en un supuesto en el que resultaba evidente que no existía o no estaba acreditado el nexo causal entre la conducta imputada (irregularidades contables) y la insolvencia, pese a lo cual resultó condenado al administrador al pago del descubierto o déficit. 5. También la reciente reforma que ha operado la Ley 38/2011, de 10 de octubre, que ha trasladado la norma del originario art. 172.3 al actual art. 172-bis creemos que ha contribuido a acentuar la idea de que se trata de una responsabilidad por deudas, por descubierto o déficit, como se establece en la nueva regulación. La referencia a la expresión déficit ha

Es, posteriormente, cuando aflora en la jurisprudencia del Tribunal Supremo una posición discordante, que va a tener una repercusión muy relevante en la discusión sobre la naturaleza de la responsabilidad por déficit, que a través del instrumento del “voto particular” muestra su discrepancia con la doctrina mayoritaria. Así, en la STS (S 1ª) 21.05.12 <sup>786</sup>, se produce la configuración de una posición que, aún minoritaria, pone en tela de juicio la jurisprudencia del Alto Tribunal y va a suponer una postura que parece haber seguido el legislador actual. Conviene, a este respecto, detenernos en el análisis del contenido del expresado voto particular, que expresa el Magistrado Ignacio Sancho Gargallo <sup>787</sup>, por su ordenada sistemática, cuidada construcción jurídica y argumentada justificación. Los argumentos utilizados en este voto particular <sup>788</sup> se encuentran entre los más relevantes vertidos por la doctrina y la jurisprudencia para rechazar una responsabilidad como sanción y defender su naturaleza indemnizatoria.

En primer lugar, el primer argumento se construye en base a la utilización del término “podrá” en el art. 172.3 LC (hoy art. 172 bis LC), para justificar que haya administradores que aún considerados personas afectadas no sean condenados al pago de los créditos concursales. Continúa exigiendo, para la condena, la existencia de una “justificación añadida” lo que le lleva a afirmar la naturaleza resarcitoria y no indemnizatoria, trayendo a colación las propias afirmaciones de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la negación de la sanción en este supuesto <sup>789</sup>. A continuación,

---

reforzado la idea de que había que asimilar esta institución de nuestra Ley Concursal con otras similares acogidas mucho tiempo antes por ordenamientos concursales de países de nuestro entorno (las acciones de complemento del pasivo de Francia -ley de 25 de enero de 1985- y el Reino Unido -la S. 214 de la Insolvency Act de 1986-), que no son normas de responsabilidad por daños sino exclusivamente normas de imputación de la responsabilidad por descubierto o déficit patrimonial. También estimamos que esa naturaleza meramente atributiva de la responsabilidad resulta de la nueva expresión que incorpora el párrafo 2.º del art. 172-bis apartado 1: <> . Por consiguiente, lo que establece el legislador es que, para determinarla, no se debe atender al daño o agravamiento de la insolvencia producido sino meramente a los hechos declarados probados, lo que es indicativo de que el criterio legal es mucho más abierto que el propio de la responsabilidad por daños.

<sup>786</sup> Id Cendoj: 28079110012012100390

<sup>787</sup> Puede verse su planteamiento en SANCHO GARGALLO, I., “Calificación del concurso”, en VVAA., *La responsabilidad de los administradores de sociedades mercantiles*, Madrid 2005.

<sup>788</sup> Véase RUÍZ DE VILLA, D., HUERTA VIESCA, M.I., *Responsabilidad de los administradores de sociedades de capital en crisis*, Cizur Menor (Navarra) 2012, p. 207 y ss.

<sup>789</sup> “Es respecto de esta “justificación añadida”, que no estoy de acuerdo con el criterio de la mayoría. Desde aquella Sentencia 644/2011, de 6 de octubre, la Sala viene entendiendo que “es necesario que el juez valore, conforme a criterios normativos y al fin de fundamentar el reproche necesario, los distintos elementos subjetivos y objetivos del comportamiento de cada uno de los administradores en relación con la actuación que, imputada al órgano social con el que se identifican o del que forman parte, había determinado la calificación del concurso como culpable, ya sea el tipificado por el resultado en el apartado 1 del artículo 164 -haber causado o agravado, con dolo o culpa grave, la insolvencia-, ya el de mera actividad que describe el apartado 2 del mismo artículo -haber omitido sustancialmente el deber de llevar contabilidad, presentar con la solicitud documentos falsos, haber quedado incumplido el convenio

utiliza un argumento de derecho comparado, basado en el precepto, que se afirma como el antecedente lógico de esta norma, que sería el art. L651-2<sup>790</sup> del Código de Comercio francés<sup>791</sup>, que establecería una clara relación causal entre la insuficiencia del activo y la conducta de los administradores sociales. En relación con ello se sostiene que “como en el caso de nuestro art. 172.3 LC (actual 172 bis LC), el déficit es el daño indirecto provocado por el estado de insolvencia que ha motivado la apertura del procedimiento concursal, en el seno del cual se realiza la liquidación y con ella se constata la

---

por causa imputable al concursado...”. Y ello, porque, como argumenta a continuación, “no se corresponde con la lógica de los preceptos examinados condicionar la condena del administrador a la concurrencia de un requisito que es ajeno al tipo que hubiera sido imputado al órgano social- y, al fin, a la sociedad- y que dio lugar a la calificación del concurso como culpable”. Es aquí donde radica, a mi juicio, el equívoco de la sentencia, pues esta misma Sala ha venido reconociendo desde la Sentencia de 56/2011, de 23 de febrero, que “El artículo 172, apartado 3 (...) carece de la naturaleza sancionadora (...), dado que en él la responsabilidad de los administradores o liquidadores sociales -sean de hecho o de derecho- deriva de serles imputable -por haber contribuido, con dolo o culpa grave- la generación o agravamiento del estado de insolvencia de la sociedad concursada, lo que significa decir el daño que indirectamente sufrieron los acreedores de [la sociedad concursada], en una medida equivalente al importe de los créditos que no perciban en la liquidación de la masa activa”. Si esta es la ratio iuris de la responsabilidad, es lógico que el criterio de imputación tenga que acomodarse a ella y no a la negada naturaleza sancionadora, como de hecho acaba ocurriendo en la lógica de la argumentación de la mayoría. Si es cierto, como afirma la Sala hasta la saciedad, que en el art. 172.3 LC la responsabilidad de los administradores o liquidadores sociales deriva de serles imputable la generación o agravamiento del estado de insolvencia de la sociedad concursada, lo que significa decir el daño que indirectamente sufrieron los acreedores en una medida equivalente al importe de los créditos que no perciban en la liquidación de la masa activa, es lógico que el criterio para apreciar en cada caso la responsabilidad de aquellos administradores o liquidadores sociales y su alcance sea la incidencia que la conducta ha merecido la calificación culpable del concurso ha tenido en la generación o agravación de la insolvencia. Esta interpretación se acomoda mejor con la dicción legal del precepto, pues guarda relación con el objeto de la condena (pagar todo o parte de los créditos no satisfechos con la liquidación), que es la consecuencia última y mediata de la generación o agravación de la insolvencia; y, además, permite graduar la responsabilidad, en función de la mayor o menor incidencia en la generación o agravación de la insolvencia, e identificar de entre todas las posibles personas afectadas por la calificación (caso de concurrir distintos motivos justificativos de la calificación culpable) quiénes son responsables, en atención a su participación en la conducta que ha merecido la calificación culpable y la generación o agravación de la insolvencia”.

<sup>790</sup> “Lorsque la liquidation judiciaire d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut, en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider que le montant de cette insuffisance d'actif sera supporté, en tout ou en partie, par tous les dirigeants de droit ou de fait, ou par certains d'entre eux, ayant contribué à la faute de gestion. En cas de pluralité de dirigeants, le tribunal peut, par décision motivée, les déclarer solidairement responsables. Lorsque la liquidation judiciaire a été ouverte ou prononcée à raison de l'activité d'un entrepreneur individuel à responsabilité limitée à laquelle un patrimoine est affecté, le tribunal peut, dans les mêmes conditions, condamner cet entrepreneur à payer tout ou partie de l'insuffisance d'actif. La somme mise à sa charge s'impute sur son patrimoine non affecté. L'action se prescrit par trois ans à compter du jugement qui prononce la liquidation judiciaire. Les sommes versées par les dirigeants ou l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée entrent dans le patrimoine du débiteur. Elles sont réparties au marc le franc entre tous les créanciers. Les dirigeants ou l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée ne peuvent pas participer aux répartitions à concurrence des sommes au versement desquelles ils ont été condamnés”, modificado por Ordonnance n° 2010-1512 du 9 décembre 2010 portant adaptation du droit des entreprises en difficulté et des procédures de traitement des situations de surendettement à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée.

<sup>791</sup> Sobre este régimen pueden verse PÉROCHON, F., BONHOMME, R., *Entreprises en difficulté. Instruments de crédit et de paiement*, París 2006, 7ª ed.; SAINT-ALARY HOUIN, C., *Droit des entreprises en difficulté*, París 2006, 4ª ed.

insuficiencia del activo para pagar todos los créditos.” Afirmado lo anterior, y antes las condenas reconocidas en el Tribunal Supremo sobre los denominados como ilícitos “de mera actividad”, el voto particular asume la posible condena de la responsabilidad basada en las conductas previstas en el art. 164.2 LC pero siempre vinculado a que dichas conductas hayan contribuido a la generación o agravación de la insolvencia, si bien acepta que si en alguno de los supuestos previstos en el citado art. 164.2 LC “no es posible conocer estas causas, debido a la ausencia de documentación o de información, esta carencia debe imputarse a los administradores de la entidad, pues si hubieran cumplido adecuadamente con los deberes de la llevanza de la contabilidad y de colaboración con la administración concursal, necesariamente ésta hubiera podido conocer las causas de la insolvencia o su agravación, y si ésta es imputable y en qué medida a alguno de sus administradores.” Su voto particular finaliza con un argumento que, a nuestro juicio, no tiene relevancia para la interpretación de la norma sino para la integración de la misma, es decir, para poder aplicar el Derecho a un supuesto determinado y que se sostiene sobre el principio de la seguridad jurídica que debe existir en la interpretación normativa y que permitirá decidir el criterio de imputación de la responsabilidad. Por ello, afirmando que la seguridad jurídica que postula derivaría de la interpretación que defiende, puesto que los administradores sabrían que responderían del déficit en la medida en que hayan contribuido a causar o agravar la insolvencia, contrasta su posición con la de la Sala, que no permite aportar previsibilidad a los administradores sobre cuáles serían los elementos a tener en cuenta para la determinación de la condena a pagar el déficit, planteando determinadas cuestiones:

“Pero si seguimos la argumentación del criterio de la mayoría, el tribunal de instancia, para fundar aquella justificación añadida, debe "valorar, conforme a criterios normativos y al fin de fundamentar el reproche necesario, los distintos elementos subjetivos y objetivos del comportamiento de cada uno de los administradores en relación con la actuación que, imputada al órgano social con el que se identifican o del que forman parte, había determinado la calificación del concurso como culpable". Al margen de que el tribunal de instancia no haya llevado a cabo esta valoración, razón por la cual no ha podido ser revisada ni, lo que es más grave, ha permitido a los administradores demandados oponerse, es difícil imaginar criterios claros que aporten previsibilidad a los administradores sociales sobre la incidencia que en la condena a pagar el déficit concursal puedan tener los denominados genéricamente "elementos subjetivos y objetivos de los comportamientos" tipificados en el art. 164.2 LC . Dicho de otro modo,

¿cómo se puede defender un administrador de la petición concreta de responsabilidad si no existe ninguna pauta o criterio objetivo?, ¿qué tiene que concurrir o dejar de ocurrir en alguna de las conductas tipificadas como culpables en el art. 164.2 LC para que no se le condene a responder del déficit concursal o para que se le condene a una parte?, y ¿qué tiene que ocurrir para que se le condene a pagar todo?”

Finalmente, y antes de abordar la jurisprudencia posterior a la reforma legislativa que aboca en el derecho vigente, debemos referirnos a la STS (S 1ª) 16.07.12 puesto que aboga por la consideración de la responsabilidad concursal como una responsabilidad por deudas, similar a la prevista en el art. 367 LSC.<sup>792</sup> En este estado, y aunque la posición del Tribunal Supremo no terminaba de encontrarse sistematizada y adecuada al modelo previsto, sí podría establecerse que existían en ella algunos criterios de ordenación de esta responsabilidad: el que se aplicaba a supuestos de generación o agravación de la insolvencia, pero también a conductas constitutivas de ilícitos concursales especialmente rechazables, como los contemplados en el art. 164.2 LC, calificados de mera actividad, que no requerían de imputación de ningún resultado; el que existía una discrecionalidad judicial para la imposición de la responsabilidad, porque la misma no se establecía conforme a resultados lesivos determinados que hubieran sido causados sino a “criterios normativos y al fin de fundamentar el reproche necesario, los distintos elementos subjetivos y objetivo del comportamiento de cada uno de los administradores en relación con la actuación que, imputada al órgano social con

---

<sup>792</sup> Id Cendoj: 28079110012012100431 - “para los casos en los que el concurso se hubiese declarado culpable, si la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, regula la posibilidad de condenar a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa -sin distinguir en función de la fecha en la que se hubieren generado-. No se trata, en consecuencia de una indemnización por el daño derivado de la generación o agravamiento de la insolvencia por dolo o culpa grave -imperativamente exigible al amparo del artículo 172.2º.3 de la Ley Concursal -, sino un supuesto de responsabilidad por deuda ajena cuya exigibilidad requiere: ostentar la condición de administrador o liquidador -antes de la reforma operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, no se requería que, además tuviesen la de "persona afectada"-; que el concurso fuese calificado como culpable; la apertura de la fase de liquidación; y la existencia de créditos fallidos o déficit concursal. 35. No queda oscurecida la naturaleza de la responsabilidad por deuda ajena por la amplia discrecionalidad que la norma atribuye al Juez tanto respecto del pronunciamiento de condena como de la fijación de su alcance cuantitativo -algo impensable tratándose de daños y perjuicios en los que necesariamente debe responder de todos los causados-, lo que, sin embargo, plantea cuestión sobre cuáles deben ser los factores que deben ser tenidos en cuenta por el Juzgador, extremo este que seguidamente abordaremos”.

el que se identifican o del que forman parte, había determinado la calificación del concurso como culpable”<sup>793</sup>.

En un sentido aún más riguroso y firme, negando la naturaleza indemnizatoria de la responsabilidad concursal, se pronunció, posteriormente, la STS (S 1ª) 28.02.13<sup>794</sup> que afirmaba que no se estaba ante una indemnización por daño derivado de la generación o agravación de la insolvencia, lo que se acentuaba en los casos de administradores, puesto que de ser considerada una indemnización nada añadiría a la responsabilidad prevista en el art. 236.1 LSC

Ulteriormente se aprobó el Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, que vino a modificar el art. 172 bis LC, configurándose en sus actuales términos, añadiendo un inciso final en el apartado 1 de dicho precepto, por el que se establecía que se podría condenar, al déficit, “en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia”. Dicha norma fue ratificada por Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, que mantuvo dicho inciso. La reforma parece sustancial puesto que ahora se liga la condena al déficit en la medida en que la conducta del administrador, que ha conllevado

---

<sup>793</sup> STS (S 1ª) 06.10.11. - Id Cendoj: 28079110012011100674

<sup>794</sup> - Id Cendoj: 28079110012013100378. “47. La responsabilidad por déficit concursal es un supuesto de responsabilidad por deuda ajena cuya exigibilidad requiere: a) La calificación del concurso como culpable; b) la apertura de la fase de liquidación; c) la existencia de créditos fallidos o déficit concursal; d) haber ostentado la condición de administrador, liquidador o apoderado general; y e) tener la condición de "persona afectada". 48. Esta naturaleza, singularmente en el caso de que las personas afectadas lo sean en su condición de administradores de la sociedad concursada, no se ve oscurecida por su función reparatoria, ni por el hecho de que no pueda identificarse miméticamente con la responsabilidad preconcursal y, menos aún, por las históricas carencias de la norma sobre las concretas pautas a seguir para la identificación de los sujetos que deben responder y la cuantificación de su responsabilidad. 49. La norma vincula tal responsabilidad a la previa declaración de culpabilidad del concurso tanto por la infracción de deberes concursales -cuando los administradores o liquidadores de la persona jurídica concursada hubieran incumplido el deber de colaboración con el juez del concurso y la administración concursal, o no hubiesen asistido, por sí o por medio de apoderado, a la junta de acreedores ( art. 165.2º LC )-, como por la de deberes preconcursales -los de no generar ni agravar el estado de insolvencia ( art. 164.1 LC ), solicitar la declaración del concurso ( art. 165.1º LC ), etc.-, y posteriores al cese de sus efectos deber de cumplir el convenio cuya aprobación es determinante del cese de los efectos de la declaración de concurso (164.2.3º LC)-. 50. No se trata de una indemnización por el daño derivado de la generación o agravamiento de la insolvencia por dolo o culpa grave, imperativamente exigible hoy al amparo de los artículos 172.2º.3 y 172.3 LC -. Más aun, tratándose de administradores -el supuesto más frecuente en la práctica-, desde la perspectiva intrasocietaria nada añadiría a la responsabilidad prevista en el art. 236.1 LRLSC, a cuyo tenor “[l]os administradores de derecho o de hecho como tales, responderán frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo” ; además, supondría una atenuación del nivel de diligencia exigible. por otro lado, nada impide a la administración concursal ejercitar las acciones previstas en el artículo 48 quater LC “.

la calificación del concurso como culpable, sea causa de la generación o agravación de la insolvencia, lo que acerca, de manera muy notable, la redacción de la norma a la voluntad expresada en el Voto Particular del Magistrado Sancho Gargallo, ya referido, en la STS (S 1ª) 21.05.12, en defensa de la naturaleza indemnizatoria de la responsabilidad concursal.

Con posterioridad a esta reforma legislativa, se han producido los primeros cambios jurisprudenciales. En este sentido, la Audiencia Provincial de Barcelona, que había cambiado en el año 2012 su postura, desde la naturaleza indemnizatoria hacia el reconocimiento de una responsabilidad por deudas, afirma, en su SAP (Secc. 15ª) 05.01.15,<sup>795</sup> que la reforma no introduce ningún cambio significativo en la norma sino que ostenta carácter interpretativo, con lo que no caben dudas de su aplicación a supuestos anteriores<sup>796</sup>.

Por último y hasta el momento, es de relevancia la STS (Pleno S 1ª) 12.01.15<sup>797</sup>, en la que, en relación con la trascendencia de la reforma derivada de la aprobación del Real Decreto Ley 4/2014, se afirma que dicha reforma no afecta a las secciones de calificación abiertas con anterioridad porque, en primer lugar, esta responsabilidad nunca ha sido considerada como una norma sancionadora, impidiendo con ello que se apliquen las reglas sobre retroactividad más favorable, afirmando que el referido art. 172 bis LC “No establece una sanción sino un régimen agravado de responsabilidad civil, cuya función no es penalizar al administrador o liquidador sino proteger los intereses de los acreedores sociales”. Y a continuación afirma que esta reforma no tiene carácter de norma interpretativa o aclaratoria puesto que, al haber incluido el inciso referido en el apartado primero del citado precepto,

“no puede considerarse como una aclaración o interpretación de la normativa preexistente, sino como la decisión del legislador de modificar el criterio determinante de la responsabilidad concursal e introducir un régimen de responsabilidad de naturaleza resarcitoria, en cuanto que podrá hacerse responsable al administrador, liquidador o apoderado general de la persona jurídica (y, en determinadas circunstancias, a los socios) de la cobertura total o parcial del déficit concursal « en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia ».”

---

<sup>795</sup> Id Cendoj: 08019370152015100005

<sup>796</sup> En este sentido RIBELLES ARELLANO, J.M., “La naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal”, en *RDCP* núm. 22, 2014.

<sup>797</sup> Id Cendoj: 28079119912015100004

Por tanto, el Tribunal Supremo afirma que el legislador ha modificado el criterio de imputación de esta responsabilidad<sup>798</sup> y ha incluido una naturaleza resarcitoria que exigirá condenar, al déficit, en la medida en la que el administrador haya generado o agravado la insolvencia<sup>799</sup>. En la referida Sentencia, se contiene un voto concurrente del Magistrado Sancho Gargallo y del Magistrado Sastre Papiol, en el que afirman que la modificación legal supone “explicitar lo que ya estaba implícito” y vierten varias afirmaciones de las que conviene dejar constancia:

“El déficit es el daño indirecto provocado por el estado de insolvencia que ha motivado la apertura del procedimiento concursal, en el seno del cual se realiza la liquidación y con ella se constata la insuficiencia del activo para pagar todos los créditos, lo que está en consonancia con la naturaleza de la responsabilidad preconizada en las primeras sentencias de esta Sala”

“En cualquier caso, bajo la nueva regulación, que aclara la anterior, cabe extraer dos consecuencias lógicas que afectan al concreto enjuiciamiento: i) por una parte, no cabe condenar a los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, apoderados generales (y ahora a los socios que se hayan negado sin causa justificada a la capitalización de créditos), a la cobertura total o parcial del déficit si con su conducta (la que ha merecido la calificación culpable y su declaración de persona afectada por la calificación) no ha contribuido a la generación o a la agravación de la insolvencia. ii) y, por otra, el alcance o

---

<sup>798</sup> Afirma sobre la jurisprudencia de la Sala, anterior a la reforma, que “La segunda razón es que ni siquiera puede considerarse que la reforma legal tenga la retroactividad que esta Sala ha atribuido a lo que ha denominado como “normas interpretativas o aclaratorias” ( sentencias núm. 725/2009 de 18 de noviembre , 469/2010, de 27 de julio , y las en ellas citadas). El inciso final introducido por la citada norma supone un régimen de responsabilidad y unos criterios de distribución de los riesgos de insolvencia diferentes de los que establecía la anterior normativa. La naturaleza del régimen de responsabilidad concursal establecido en el art. 172.3 de la Ley Concursal había sido fijada por una serie de sentencias de esta Sala de un modo razonablemente uniforme, de modo que, afirmaba esta jurisprudencia, no podía considerarse como una responsabilidad de naturaleza resarcitoria sino como un régimen agravado de responsabilidad civil por el que, concurriendo determinados requisitos, el coste del daño derivado de la insolvencia podía hacerse recaer, en todo o en parte, en el administrador o liquidador social al que son imputables determinadas conductas antijurídicas, y no en los acreedores sociales, y en la que no se exigía la concurrencia de una relación de causalidad entre la conducta del administrador o liquidador determinante de la calificación del concurso como culpable y el déficit concursal del que se hacía responsable a dicho administrador o liquidador (o, por decirlo en otras palabras, no era necesario otro enlace causal distinto del que resulta “ex lege” de la calificación del concurso como culpable según el régimen de los arts. 164 y 165 de la Ley Concursal y la imputación de las conductas determinantes de tal calificación a determinados administradores o liquidadores de la persona jurídica concursada), y que había sido encuadrada en alguna de las sentencias de esta Sala entre los mecanismos que modulaban la heteropersonalidad de las sociedades respecto de sus administradores en la exigencia de responsabilidad por sus acreedores.”

<sup>799</sup> Siguiendo la Sentencia del Pleno referida, la STS 22.07.15 - Id Cendoj: 28079110012015100442, manifestando que el régimen previsto en el Real Decreto Ley 4/2014 sólo se aplicará en aquellas secciones de calificación que se hubieran abierto a partir de la entrada en vigor del citado Real Decreto Ley.



montante de esta condena estará en función de la incidencia que su conducta ha tenido en la generación de la insolvencia o en su agravación.”

De estas afirmaciones, las últimas son pautas de aplicación normativa que, a criterio de los Magistrados referidos, implica que sólo cabe una condena cuando la conducta que conduce a la calificación del concurso como culpable ha generado o agravado la insolvencia. Por tanto, sólo serán susceptibles de generar responsabilidad los ilícitos concursales de resultado pero no, desde la reforma, los ilícitos concursales de mera actividad. La restricción es severa y deja a esos supuestos, sin la consecuencia jurídica específica prevista en el art. 172.bis LC. La segunda consecuencia es que la condena, frente a la discrecionalidad anterior, queda delimitada por el grado que la conducta del administrador haya tenido en la causación o generación de la insolvencia.

A nuestro juicio, las aseveraciones contenidas en el voto concurrente referido son correctas, puesto que si no se ha generado o agravado la insolvencia no cabe condena al déficit, por muy reprochable que sea la conducta del administrador. Pero añadimos un matiz, y es que se condena al déficit por haber causado, o agravado, la insolvencia. Y esto nos lleva a la primera de las afirmaciones mencionadas en el voto concurrente referido, y es que se considera que el déficit es un daño indirecto provocado por el estado de insolvencia que constataría la insuficiencia del activo y, por lo tanto, supone afirmar que el déficit no deviene, directamente, de la conducta que genera o agrava la insolvencia sino que requiere factores añadidos. Y éste es un elemento esencial para delimitar la naturaleza de esta responsabilidad. Si es un daño indirecto lo que se está reconociendo es que, entre la conducta, aquella que por dolo o culpa grave generó o agravó la insolvencia, y el déficit, hay otras causas que inciden para derivar en aquel resultado, el denominado “indirecto” que es el déficit. Y ese reconocimiento es un argumento que nos permite cuestionar que el déficit sea un daño imputable a quien indirectamente realizó la conducta inicial que motivó la apertura del concurso.

2. *Deudas indemnizatorias y deudas imputadas en la sentencia de calificación. Una especial referencia a la deuda por “déficit”.*

La responsabilidad concursal deriva de la infracción de una norma prohibitiva que impone no causar la insolvencia interviniendo dolo o culpa grave, pero ello no implica que un sujeto se encuentre autorizado a causar dicho resultado típico por cuando se incurre en un grado de reproche inferior (culpa no grave, o sin culpa). La generación o agravación de la insolvencia es un efecto no deseado por el legislador y, para evitarlo, establece otro tipo de deberes en la legislación concursal con el fin de atenuar o evitar ese resultado. Es por tanto un deber especial, que se añade a los ordinarios, que recae sobre un determinado ámbito subjetivo, delimitado por las personas que pueden ser afectadas en la fase de calificación. De infringirse ese deber se condena, en su caso, a sufragar un déficit. La cuestión inicial es determinar si esa condena, el pago del déficit equivale a un daño. El criterio del consentimiento, como elemento que afecta a la tipicidad, puede servirnos de parámetro para poder identificar o deslindar el daño del déficit, lo que nos permitirá extraer unas conclusiones relevantes para la comprensión de la distinción referida.

Antes de la reforma de 2011, los administradores podían llegar a responder de los créditos de los acreedores concursales (antiguo art. 172.3 LC). Si se producía la condena a favor del acreedor concursal (o, según parte de la doctrina, también a favor el acreedor contra la masa), estos percibirían del condenado el importe de sus créditos. Si esa condena equivalía a un daño y este sólo puede ser imputado a quien generó un riesgo que se realizó en el efecto lesivo, el acreedor que hubiera conocido del riesgo de generación o agravación de la insolvencia y hubiera aceptado continuar realizando operaciones con la sociedad concursada, no podría efectuar reclamación alguna, puesto que su consentimiento, en la asunción de ese riesgo, implicaría una imputación del resultado a su ámbito de competencia, al asumir los efectos lesivos derivados de la autopuesta en peligro, tal y como ya se refirió en la primera parte. Con mayor motivo, ello podría haber sido alegado frente a los acreedores contra la masa por su incorporación como acreedores con posterioridad a la declaración del concurso. No obstante se afirma<sup>800</sup> que sostener que un crédito contra la masa no tiene relación alguna

---

<sup>800</sup> MUÑOZ PAREDES, A., *Tratado Judicial de la Responsabilidad de los Administradores. La Responsabilidad Concursal...cit.*, p. 376

con la el hecho que motiva el concurso, la generación o agravación de la insolvencia, resulta un poco forzado. Y ciertamente sí tiene relación causal, y puede serle imputado a los administradores, si el riesgo era previsible y estaba controlado por el causante de aquel hecho inicial. No obstante, debe tenerse en cuenta que quien entra en relaciones con un concursada, relaciones consentidas de tipo comercial, de prestación de servicios, de administración concursal, etc., lo hace conociendo precisamente la situación de insolvencia y, en algunos casos, incluso la situación de déficit patrimonial. Parece complejo poder defender que estos acreedores puedan, finalmente, verse beneficiados de una condena derivada del déficit (incluso por delante de los acreedores concursales) si tal condena tiene una naturaleza indemnizatoria. Su consentimiento a la asunción del riesgo, derivado de la gestión de la insolvencia, no puede implicar imputar su impago a la administración societaria, especialmente cuando esta, tras el concurso, ya no mantiene el control de los riesgos. Resulta bastante forzado que, en un supuesto de suspensión de facultades (art. 40, por remisión del art. 48 LC), se produzca una condena al déficit, como mecanismo indemnizatorio, en perjuicio de los administradores societarios si en el curso causal se ha quebrado el control de los riesgos por la gestión de los administradores concursales, que pueden ser los principales beneficiados, como titulares de créditos contra la masa y, por tanto, con prioridad para el cobro, de esa condena al déficit, aún habiendo ellos mismos consentido la relación al aceptar el cargo.

Ese consentimiento es irrelevante para la tipicidad del ilícito concursal previsto en el art. 164.1 LC o para los referidos en el art. 164.2. El administrador tiene el deber de solicitar el concurso y tutelar el patrimonio de la sociedad en beneficio de ésta y de los propios acreedores. Al interés individual de cada uno de ellos, se antepone un interés supraindividual o colectivo que impide su disponibilidad y convertir lo típico en una conducta conforme a Derecho. Al administrador le está vedado causar o generar la insolvencia. Por tanto, con aquella redacción, el acreedor podría consentir la asunción del riesgo y, en su caso, no podría reclamar el daño, conforme acontece con la teoría general de la responsabilidad civil referida para la acción individual, pero eso no exonera del cumplimiento de los deberes especiales que motivan la culpabilidad del concurso. Esto sólo parece viable si la condena es sancionadora y el interés protegido es supraindividual y, por tanto, irrenunciable de manera individualizada. En este caso, la condena al déficit, tiene que ser una pena patrimonializada, en beneficio de terceros,

cuyo consentimiento al daño carece de relevancia para la imposición de aquella y sin que pueda afectar a la antijuridicidad, previa tipicidad concursal, de la conducta.

Con la reforma de 2011, se estableció que el destinatario de las cuantías de las condenas derivadas de la responsabilidad concursal sería la sociedad, integrándose en la masa activa del concurso, puesto que, en su caso, la condena ya venía referida a la cobertura, total o parcial del déficit. En este caso, y puesto que el importe integraría el patrimonio societario, sería esta entidad la que, en el supuesto en el que consideráramos que estábamos ante una deuda indemnizatoria y en el ámbito de la teoría general de imputación jurídica, podría haber otorgado un consentimiento permitiendo la lesividad y con ello, haberse evitado la antijuridicidad. Es decir, como en todo supuesto de lesión de intereses individuales, el titular de éstos puede autorizar la lesión o puede consentir la asunción de unos riesgos lesivos, con lo que si el daño acontece, no cabría imputarle a quien generó el riesgo del que él dimana. Sin embargo, creemos que la sociedad no puede consentir esos riesgos y eliminar la condena al déficit. En defensa de esta opinión, habría que recordar que el art. 236.2 LSC establece que “En ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general”, y ya se refirió que, en relación con la imputación del efecto lesivo, no podía establecerse consentimiento alguno que exonerara a los administradores de sus responsabilidades indemnizatorias, tal y como se indicó anteriormente, por la falta de efectos de el acuerdo de la junta en ese sentido. Por tanto, aquí el consentimiento no tendría eficacia alguna. Sin embargo, este argumento no nos debe hacer perder de vista que el deber especial de no causar o generar la insolvencia no sólo recae sobre los administradores o liquidadores o apoderados generales. Este deber, recae, de manera principal -y por ser persona jurídica sobre sus representantes-, en el propio deudor que, en este caso, en la sociedad concursada. Por ello, e incluso en el supuesto en el que el art. 236.2 LSC fuera derogado o reinterpretado, facilitando el acuerdo exonerador de la Junta General, carecería de relevancia alguna para eliminar la tipicidad y antijuridicidad de la conducta de los administradores cuando, en sus funciones orgánicas, generan o agravan la insolvencia, por dolo o culpa grave. Si es la sociedad la que, en primer término, ha de cumplir con ese deber, carece de legitimación para que la conducta prohibida pueda estar autorizada, porque la sociedad está obligada a cumplirla y, por tanto, no tiene posibilidad de disponer del interés que

protege la tipicidad concursal, de la conducta prevista en el ilícito de resultado ex art. 164.1 LC.

No puede obviarse, que el límite de la condena prevista en el art. 172 bis LC es el importe del déficit, por lo que satisfacer éste, en caso de condena, implica, al igual que no hacerlo por insolvencia de los condenados, la extinción de la sociedad, por liquidación o por insuficiencia de masa, ex art. 178.3 LC . Por ello, el déficit pudiera servir para reparar el daño de los acreedores, a través de la satisfacción de su crédito pero nunca repara el daño de la sociedad. Ésta no ve indemnizado el perjuicio derivado de la insolvencia generada si ya se encuentra en esa fase del concurso. La condena al déficit implica dotar de recursos al patrimonio societario para liquidar los créditos pendientes pero nunca para reactivar a la sociedad, tras reparar sus perjuicios.

El valor del consentimiento de los acreedores no tiene relevancia en la tipicidad de la conducta, ya que ésta es típica aunque el acreedor participe del riesgo de insolvencia (supuestos de autopuesta en peligro). En todo caso, lo que no se produce es un consentimiento al déficit, en sede de antijuridicidad. El acreedor no autoriza la lesión sino, en el caso de mayor exposición, el riesgo de agravación de la insolvencia, que sería el supuesto en el que, en teoría general requeriría el consentimiento lesivo en supuestos de heteropuesta en peligro consentida. Por ello, no es asumible que el acreedor que pueda beneficiarse de la condena al déficit, hubiera consentido éste.

En la responsabilidad civil, para que el beneplácito del acreedor sea relevante es trascendental que se elimine la imputación del resultado lesivo al causante inicial. En el Derecho Concursal, la imputación de la causación o agravación de la insolvencia se efectúa con criterios de imputación objetiva, dado que sistemáticamente se organiza en un sistema en el que prima la imposición de un régimen de sanciones, que comienza con la propia inhabilitación. En estos casos, y aún aceptando que estuviéramos ante un supuesto de responsabilidad civil, derivada de un ilícito concursal, la anuencia del acreedor no afectaría a la tipicidad del ilícito. Es decir, en sede de Derecho Sancionador, la eficacia del consentimiento se considera un elemento que enerva el tipo, porque el resultado no puede imputarse jurídicamente al causante, salvo que el propio interés sea supraindividual. Cuando el bien jurídico es de esta naturaleza, no es posible por ello, que pueda serle imputable el resultado individual derivado de la lesión de aquél.

En sede concursal, parece que todos los supuestos de ilícito concursal (art. 164.1 y los previstos en el art. 164.2 LC) no pueden convertirse en lícitos porque los acreedores permitieran la lesión de los bienes jurídicos cuya protección pretende la fase calificación. Por estos motivos, el ilícito de resultado (art. 164.1 LC), o los ilícitos de mera actividad (art. 164.2 LC), no permiten disponibilidad de los intereses protegidos por no ser individuales. En la teoría general de responsabilidad civil de los administradores, el conocimiento de los acreedores de situaciones de dificultad económica implican la no responsabilidad de aquéllos<sup>801</sup>, por los daños derivados de la insolvencia de la sociedad al entenderse consentidos los riesgos, pero no la licitud en los ilícitos especiales previstos en la fase de calificación.

Estos argumentos nos permiten afirmar que, en la responsabilidad civil indemnizatoria, si el acreedor asume el riesgo de insolvencia o de agravación de esta, el administrador no podrá ser condenado a indemnizarle, puesto que el resultado lesivo, que finalmente acontezca la insolvencia y el daño en ese crédito del acreedor, no le es imputable al administrador. Sin embargo, ese consentimiento y la imputación del resultado lesivo al propio acreedor, no transforma la ilicitud de los supuestos previstos en la LC en conductas conforme a Derecho. Derivada de esa tipicidad y, en su caso, antijuridicidad, si el administrador es imputable, la responsabilidad al déficit sólo dependerá de un último presupuesto que es la existencia del déficit. En la Responsabilidad Civil la condena consiste en indemnizar el daño y éste es el elemento bajo el que se juzga la existencia de los presupuestos para la imputación. En el Derecho Sancionador, en los ilícitos de resultado, éste se imputa cuando se genera por un acción desvalorada, y tras agotar las categorías de tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad, la condena se produce pero la misma no consiste en reparar aquel resultado inserto en la tipicidad sino en una pena determinada, con fines punitivos. En definitiva, en el Derecho Sancionador el resultado típico, que debe abarcarse en el elemento subjetivo, sólo conlleva la tipicidad pero no la responsabilidad que, en todo caso, no se concreta en la restitución de aquel. Por el contrario, el régimen de responsabilidad se pone a disposición del resultado lesivo no deseado, si es que el mismo no ha sido asumido por el titular del interés objeto de lesión. Y por ello, si el daño acontece, procede indemnizar ese resultado y no otro. Si el ilícito concursal acontece, cuyo

---

<sup>801</sup> MARÍN DE LA BÁRCENA, F., *La acción individual de responsabilidad frente a los administradores de sociedades de capital...cit.*, p. 331 y ss..

resultado lesivo –la insolvencia- se prevé en el tipo, es irrelevante si hay déficit o no para ejercitar los derechos de crédito contra los responsables, puesto que la imputación del resultado ya se ha producido y si la fase de calificación acontece es que ha habido antijuridicidad y culpabilidad. Si el daño se repara y, aún así, existe el déficit, procede, en su caso, la imposición de la pena a pagar total o parcialmente este último, en proporción, tras la reforma de 2014, del resultado inicialmente desvalorado que motivó la declaración de concurso.

Si se produce el ilícito concursal de resultado (art. 164.1 LC) y no hay déficit, el daño podrá ser reparado, bien entendamos que se encuentra inserto en el régimen de la propia fase de calificación, ex art. 172.2.3. LC, bien se pueda exigir a través de una acción social (art. 238 y ss.), o individual (ex art. 241 LSC) si la sociedad ha sido extinguida tras la calificación. Este parece un argumento aceptable para rechazar que el déficit sea el daño causado, en definitiva que el déficit esté en el ilícito concursal. Sostener lo contrario implicaría afirmar el reproche de la conducta por un desvalor de resultado no producido o pendiente de producirse. Pero, como ya hemos indicado, el resultado típico no es este último sino la insolvencia y si este es elemento del injusto, no es aceptable que imputado objetivamente como presupuesto para la calificación, debamos imputar un nuevo resultado desaprobado, que sería el déficit, porque ya estaría desligado de aquella conducta, con dolo o culpa grave, que generó la insolvencia pero no el déficit.

En función de todo lo dicho, se puede afirmar que no es posible consentimiento alguno que impida que el resultado “déficit” esté cubierto por el consentimiento de acreedores o de la sociedad, impidiendo, en su caso, la imputación de dicho resultado a los administradores, si son éstos los que han generado o agravado la insolvencia, por dolo o culpa grave. Y, por otro lado, no se puede obviar que el daño no puede computarse en base a la generación o agravación de la insolvencia, sino al efecto lesivo de la conducta sobre todo el patrimonio societario. No sólo podemos incluir el déficit (saldo pendiente de abono a los acreedores) sino el menoscabo societario. Quien sufre el daño es la sociedad, con la insolvencia de ésta que le impide abonar sus deudas, salvo liquidación de sus activos. Si no hay déficit, no habría responsabilidad de los administradores en el concurso, pero obviamente sí cabría una responsabilidad de los administradores, frente a la sociedad por el daño generado al consumir los recursos patrimoniales de aquélla.

La responsabilidad civil culmina su tarea con la generación del derecho de crédito indemnizatorio<sup>802</sup>. El déficit es el valor residual de los créditos pendientes de abono tras la liquidación de todo el activo. Para determinar el importe de este último, como objeto de la responsabilidad concursal, lo relevante, si estuviéramos ante un daño, sería computar los créditos concursales afectados por el daño derivado de la conducta típica que es generar o agravar la insolvencia. Sin embargo, al destinar el resultado de la condena del déficit a la masa activa, la aplicación de esa partida se liquidará conforme a las reglas de pago previstas en la legislación concursal para la fase de liquidación (arts. 154 y ss. LC) comenzando por los créditos contra la masa. Y recordemos que éstos, salvo excepciones determinadas, son todos créditos postconcursoales en los que el acreedor ha asumido realizar operaciones o prestar servicios con una sociedad cuyo riesgo de insolvencia le es conocido. No puede sostenerse la condena al déficit en los efectos sobre los créditos concursales de aquella conducta típica, utilizar la condena para cubrir los créditos contra la masa, generados ex post facto al concurso y afirmar que se trata de una naturaleza indemnizatoria. En una condena parcial al déficit, pueden cobrar quienes no sufrieron daños con la insolvencia generada y quedarse sin reparación los titulares de los intereses cuya lesión habrá servido para determinar el importe del déficit (en este sentido, a nuestro juicio contradictorio, ver la reciente STS (S 1ª) 21.05.15<sup>803</sup>).

El déficit está justificado en una insuficiencia patrimonial, la existencia de un patrimonio neto negativo, en la que los activos se han agotado y, sin embargo, la insolvencia, el resultado previsto en el ilícito concursal del art. 164.1 LC, se fundamenta sobre la incapacidad patrimonial para afrontar los créditos a su vencimiento. No podemos sostener una indemnización sobre un resultado que no es el contemplado en el ilícito que justifica la respuesta del ordenamiento, ya que la indemnización ha de cubrir el daño en que se ha concretado el riesgo cuyo control correspondía, en este caso, a los administradores. Ese daño es la insolvencia, resultado típico previsto y no el déficit, de forma que indemnizando aquélla no sólo se reparará a los acreedores sino al patrimonio societario, interés perjudicado por la insolvencia generada por la actuación, en su caso, típificada de los administradores

---

<sup>802</sup> DÍEZ PICAZO, L. *Sistema de Derecho Civil*, ...cit., p. 558, afirma que “Siendo, desde el punto de vista de su estructura, la responsabilidad civil un derecho de crédito a favor del perjudicado, genera la obligación para el agente o responsable de cumplir una determinada prestación, que de acuerdo con el artículo 1902 CC será la de reparar el daño causado”.

<sup>803</sup> Id Cendoj: 28079110012015100267



La condena al déficit implica hacer efectivos todos los activos societarios y si éstos se agotan y resta pasivo, procederá, entonces, la condena al déficit, prevista en el art. 172 bis LC. Por tanto, para que proceda la condena es presupuesto realizar todos los activos, entre los que se encontrará, en su caso, el activo crediticio de naturaleza indemnizatoria derivado de los perjuicios que haya generado la insolvencia, como resultado imputado, en su caso, a los administradores, ya que la obligación de resarcir surge con la producción del daño ex art. 1902 CC.<sup>804</sup>.

Por lo tanto, si ese activo se encuentra en el patrimonio societario, es presupuesto, para la condena al déficit, hacerlo efectivo con el fin de satisfacer a los acreedores, en el marco de las operaciones de liquidación concursal. Por ello, no podemos considerar al déficit con carácter indemnizatorio si ya existe un crédito, de esa misma naturaleza y contra los mismos deudores, cuya realización es requisito para computar ese déficit. Sería reiterativo y, lo más relevante, no es factible porque el déficit se calcula como el diferencial patrimonial negativo y no hay norma que habilite a ignorar ese crédito indemnizatorio.

Si se condena al déficit afirmando que es el daño, parcial o total, imputable a los administradores causado en la sociedad, no es viable condenar en forma de déficit, porque ese crédito indemnizatorio es preexistente al déficit, como cifra residual de pasivo tras la liquidación completa de los bienes y derechos de la concursada. Se trataría de una contradicción de imposible resolución. Se podría condenar, en la calificación, a indemnizar por el importe de los daños sufridos por la sociedad, o los sufridos por los acreedores pero no se puede condenar al déficit, atribuyéndole naturaleza indemnizatoria. Sencillamente, el déficit no es una indemnización y si lo es tiene que surgir *ex novo*. Y si surge en la calificación es que no había daño imputable a los administradores por causar o agravar la insolvencia, por lo que no podemos atribuir déficit como indemnización derivada del ilícito de resultado del art. 164.1 LC, ya que para el cálculo del déficit primero tendremos que haber descontado el crédito derivado de la indemnización por daños de ese ilícito.

---

<sup>804</sup> ROCA TRÍAS, E., NAVARRO MICHEL, M., Derecho de Daños...cit., p. 235 y ss.; GÓMEZ CALLE, E., "Los sujetos de la responsabilidad civil. La responsabilidad por hecho ajeno...cit., p. 477 y ss. no ve problema, incluso en la transmisibilidad del crédito, aunque el mismo sea todavía incierto, ex art. 1529. 1 CC

Téngase en cuenta que el déficit (como presupuesto de la condena) tiene a su vez un presupuesto material que es la inexistencia de activos en la sociedad y la persistencia de un volumen (más o menos extenso) de pasivos insatisfechos. Este presupuesto del déficit, sumado a la apertura de la fase de liquidación (presupuesto procesal) hace que el valor de la inversión del socio se haya reducido a cero pero no porque, en su caso, ese fuera el valor al tiempo en que invirtió sino porque la sociedad, destinatario de la responsabilidad por déficit, ha perdido todo su valor. Si la responsabilidad concursal fuera indemnizatoria, no se entendería la razón por la que la responsabilidad se limita al importe debido a terceros y no al valor societario deteriorado que sería, en su caso, el efectivo daño causado, fruto del cual, un volumen de acreedores no pueden cobrar sus créditos ante la pérdida total del patrimonio neto societario.

Si el legislador quiere tener un régimen de responsabilidad civil indemnizatoria en el concurso, para los administradores, por haber generado o agravado la insolvencia, debe abstenerse de incluir norma alguna porque ya hay una regulación vigente (ex art. 236 y ss. LSC y, como norma subsidiaria el art. 1902 CC). La responsabilidad civil no puede prever consecuencias indemnizatorias que difieran de los daños antijurídicos que se le imputan al considerado deudor de responsabilidad. El daño está en la insolvencia y no en el déficit<sup>805</sup>. La prueba más evidente es que el dolo o culpa grave, exigida por la norma, no va referida, en el ilícito del que dimana la responsabilidad, al déficit sino a la insolvencia. No podemos condicionar la indemnización a la existencia de un elemento imprevisible, para el responsable, como es el déficit (no puede controlar y no puede actuar para generarlo o evitarlo). En la Responsabilidad Civil la indemnización tiene un campo determinado de imputación de los daños previsibles ligados en relación espacio-temporal con el actuar al que se liga ese resultado. Por el contrario, en el Derecho Sancionador esa cuestión es irrelevante ya que, la consecuencia prevista para la infracción, está al margen del resultado que se inserta en la conducta tipificada y cuya producción producirá, en su caso, el derecho de crédito indemnizatorio. La pena pune para prevenir y por ello mantiene su carácter autónomo del ilícito.

---

<sup>805</sup> MARÍN DE LA BÁRCENA, R., “Responsabilidad Concursal”, en *ADCo*, núm 28, 2013, p. 25 afirma que la responsabilidad concursal cumple una función de atribución pero no referida a la obligación indemnizatoria, como lo haría la responsabilidad civil, sino del “riesgo de insolvencia de la sociedad que se actualiza en el déficit”.

Por el contrario, si ignoramos (sin razón que lo justifique)<sup>806</sup> el crédito indemnizatorio, la condena a los administradores abarcaría sólo el déficit, la sociedad se extinguiría y los socios únicamente tendrían una hipotética acción individual, por daño indirecto en el patrimonio social, como última vía para recuperar el valor de su inversión. Y si tenemos en cuenta, contabilizado o no, ese crédito, entonces no hay argumento alguno para condenar al déficit y afirmar que se trata de una indemnización, puesto que la misma ya estaría, en toda aquella extensión que derive del daño imputado a los administradores, contemplada en el crédito indemnizatorio. Y parece claro que si hay un crédito indemnizatorio no es posible condenar a ningún déficit existiendo ese derecho en el activo de la sociedad. Y si este último se consume porque se percibe su importe y con él se satisfacen créditos contra la masa o concursales y, aún así quedan pendientes créditos insatisfechos y se condena al déficit, parece evidente que esa condena ya no tiene naturaleza indemnizatoria, como resultado de un efecto lesivo imputable a los administradores. Y aunque sirva para abonar el crédito de algunos acreedores y, con ello a reparar el efecto lesivo que había derivado de la insolvencia de su deudor, imponer esa condena no constituye imputar un daño y la consiguiente responsabilidad civil (lo que ya se habría hecho con anterioridad al hacerse efectivo el crédito indemnizatorio) sino imputar una sanción civil delimitada por el importe del déficit patrimonial. La condena al déficit requiere un desbalance patrimonial definitivo y para que este se produzca es imprescindible que no haya activos, lo que excluye la existencia de cualquier crédito indemnizatorio, incluidos aquellos existentes contra los sujetos susceptibles de ser condenados al déficit.

---

<sup>806</sup> En términos contables, que no jurídicos, el reconocimiento de un derecho de crédito en la contabilidad sólo requiere una elevada probabilidad de cobro. Así, NIF nº 37 “Provisiones, pasivos contingentes y activos contingentes” que afirma sobre los activos contingentes que:

“Activos contingentes. La entidad no debe proceder a reconocer ningún activo contingente. Normalmente, los activos contingentes surgen por sucesos inesperados o no planificados, de los cuales nace la posibilidad de una entrada de beneficios económicos en la entidad. Un ejemplo puede ser la reclamación que la entidad está llevando a cabo a través de un proceso judicial, cuyo desenlace es incierto. Los activos contingentes no son objeto de reconocimiento en los estados financieros, puesto que ello podría significar el reconocimiento de un ingreso que quizá no sea nunca objeto de realización. No obstante, cuando la realización del ingreso sea prácticamente cierta, el activo correspondiente no es de carácter contingente y por tanto, es apropiado proceder a reconocerlo. En el caso de que sea probable la entrada de beneficios económicos a la empresa por causa de la existencia de activos contingentes, se informará de los mismos en las notas a los estados financieros, de la forma que se exige en el párrafo 89. Los activos contingentes han de ser objeto de evaluación de forma continuada, con el fin de asegurar que su evolución se refleja apropiadamente en los estados financieros. En el caso de que la entrada de beneficios económicos a la empresa pase a ser prácticamente cierta, se procederá al reconocimiento del ingreso y del activo en los estados financieros del ejercicio en el que dicho cambio haya tenido lugar”. En sentido similar, la Resolución del ICAC publicada en el BOICAC nº 77/2009 Consulta 5.

Si condenamos al déficit patrimonial, este debe ser el resultado tras haber realizado todos los créditos existentes, incluidos los indemnizatorios. Y si así se hace, no podemos afirmar que esa condena implique también un crédito indemnizatorio.

Si en dicha condena no incluimos la liquidación previa de los daños indemnizatorios y condenamos al déficit como sustitutivo de la indemnización, no existe razón alguna para que dicha condena se limite exclusivamente al déficit y no al daño generado e imputable que no tiene porqué ser exclusivamente el importe del pasivo sino la merma patrimonial que pueda imputarse jurídicamente a la conducta del administrador, incluyendo todo el daño y no sólo un importe que como máximo satisfaga los intereses de los acreedores. Si la condena al déficit es por daños es innecesaria y reiterativa pero sobre todo es restrictiva del ámbito de daños imputados que se limitaría, como máximo al importe de los créditos pendientes, lo que no encuentra justificación en ninguna norma que permita ese ámbito tan delimitado. Por ello, la condena al déficit no puede ser indemnizatoria puesto que exige la liquidación de todos los créditos indemnizatorios y no busca reparar los daños societarios, al no computar el daño sino el importe debido pendiente de abono, lo que excluye el daño sufrido en el valor patrimonial neto y la consiguiente lesividad de los recursos propios, revirtiendo en la valor de la inversión de los socios.

En conclusión, creemos que se puede realizar la conducta del ilícito concursal del art. 164.1 LC y ser condenado al daño que resulte imputable. Se puede realizar ese ilícito y ser condenado sólo al déficit, excluyendo por Ley, expresamente, la aplicación del régimen de responsabilidad civil<sup>807</sup>. Se puede, por último, ser condenado a pagar el daño imputable y, en su caso, el déficit, como pena. Pero lo que no se puede es, condenar al déficit y computarlo como indemnización porque, como hemos reiterado, si hay crédito indemnizatorio, hasta que éste no se satisfaga o extinga, no cabe delimitar el déficit patrimonial.

---

<sup>807</sup> RONCERO SÁNCHEZ, A., “Naturaleza y caracteres de la responsabilidad concursal de los administradores de sociedades de capital”. (A propósito de la Sentencia de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de marzo de 2007)”, *RDCP* nº 7 - 2007, p. 16 y ss. defiende, al entender que la responsabilidad concursal es un supuesto de responsabilidad por daños, que debería haber venido acompañada de la exclusión de la aplicación del régimen general de responsabilidad por daños, donde resultara aplicable el régimen especial.

### 3. *El tratamiento de los ilícitos concursales como ilícitos especiales.*

La fase de calificación tiene unos requisitos de procedibilidad o de perseguibilidad de las conductas cuyo enjuiciamiento se produce en esta fase. Estos presupuestos son ineludibles y sin ellos no se produce la apertura de la fase de calificación. Básicamente se tiene que haber declarado el concurso, se tiene que haber producido un convenio de los denominados “no gravosos” para una clase de créditos (art. 167.1. LC) o/y se tiene que haber producido la apertura de la fase de liquidación. No importa si la satisfacción de los acreedores es íntegra o no, ni es relevante la adecuación del deudor a las exigencias legales; ni incumbe en ese momento cuáles son las intenciones del deudor, sus representantes o los acreedores.

Aprobado el convenio que no reúna los condicionantes exigidos o aprobado el plan de liquidación u ordenada la misma, conforme a las reglas supletorias, se procede a la apertura de la fase de calificación (art. 167.1 LC). Sin embargo, hemos afirmado que la apertura de esta fase se produce “básicamente” por estos requisitos. Porque sin ellos no es posible –eso convierte a dichos requisitos es imprescindibles-, pero también porque a pesar de ellos es posible que dicha fase no se abra –lo que convierte a dichos requisitos en insuficientes-. Es verdad que en términos generales con esos presupuestos la sección de calificación debe formarse pero también lo es que ello se excepciona cuando de la misma no se prevé obtener recursos con los que mantener al menos la satisfacción de los acreedores contra la masa. Así con la legislación vigente, podrá dictarse auto de conclusión del concurso por insuficiencia de la masa activa, incluso aunque se esté tramitando la sección de calificación o estén pendientes demandas de reintegración de la masa activa o de exigencia de responsabilidad de terceros, si de dichas acciones “*fuese manifiesto que lo que se obtuviera de ellas no sería suficiente para la satisfacción de los créditos contra la masa*” (art. 176.1.3º LC). Por tanto, será factible que pueda soslayarse una sentencia de calificación culpable, con sus correspondientes pronunciamientos para las posibles personas afectadas, si de la misma no se van a obtener recursos, al menos, para la satisfacción de los créditos contra la masa.

Una vez formada la sección de calificación, procede enjuiciar las conductas de los autores y cómplices correspondientes, pero sólo puede haber sentencia condenatoria si hay algún autor como persona afectada, siendo exclusivamente los autores; a) el

deudor concursado persona física o su representante legal, el que lo sea o lo haya sido en los dos años anteriores a la declaración de concurso; b) en caso de deudor persona jurídica concursada, sus administradores/liquidadores, de hecho y de derecho, y los apoderados generales, el que lo sea o lo haya sido en los dos años anteriores a la declaración de concurso y, los socios, en función del art. 165.4 LC, por remisión del art. 172 bis LC. No es posible determinar un concurso culpable si las conductas del art. 164.1 o 164.2 LC no puede ser imputadas a alguno de los sujetos referidos porque sólo ellos pueden ser autores y sólo cabe examinar la autoría referida a esos sujetos. Esto significa que cualquier otro sujeto puede haber realizado las referidas conductas, pero ello sin que ello implique que el concurso pueda ser declarado culpable. Este sólo puede ser culpable si las conductas referidas son atribuidas a los sujetos mencionados.

Por el contrario cualquier persona puede ser cómplice, al no existir límites subjetivos al efecto (art. 166 LC). No obstante, deben ser hechas, a nuestro entender, tres precisiones en relación con el deudor persona jurídica: a) En la fase de calificación, donde se analizan todos los hechos de los que pudiera dimanar la calificación como culpable del concurso, es irrelevante el que un sujeto pueda haber sido cómplice si también es considerado autor. Así sería posible haber causado dolosamente la insolvencia (autor) y haber cooperado a llevar doble contabilidad (cómplice). Una vez determinada su autoría en uno de los ilícitos, el hecho de que sea cómplice en otros es irrelevante para la determinación del concurso como culpable; b) Los apoderados generales pueden ser autores o cómplices; pero los administradores/liquidadores sólo pueden ser autores y por tanto nunca pueden ser cómplices; c) Sólo puede ser cómplice si se coopera con alguno de los autores referidos. Es posible cooperar a causar dolosamente la insolvencia, y no ser cómplice en el concurso, sencillamente porque con quién se coopera no es autor del ilícito del que dimana la calificación del concurso como culpable. La accesoriedad de la complicidad exige estar “colgado” de un autor. Si el ámbito de autores es restringido, necesariamente el ámbito de cómplices se restringe, no por las condiciones personales del cómplice sino del sujeto con el que se coopera que exige de éste que sí cumpla las condiciones especiales requeridas por la norma para ser considerado autor.

El que un sujeto no sea autor del ilícito concursal, en virtud del ámbito restringido de sujetos activos del ilícito previsto por la norma, no quiere decir que no

pueda haber causado o agravado, por dolo o culpa, la insolvencia de la concursada, es decir, no quiere decir que no pueda realizar la conducta tipificada. Y si alguien así pudiera ser considerado como autor de un ilícito, penal o civil, del que dimana la causación o agravación de la insolvencia, debería hacer frente a las consecuencias que de dicha conducta se derivarían (sanciones penales y/o responsabilidades civiles indemnizatorias). Entre ellos podríamos encontrar a apoderados singulares, acreedores, competidores, empleados, administradores/liquidadores que cesaron con anterioridad a los dos años previos a la declaración de concurso, etc..<sup>808</sup> Todos estos sujetos, si causaron o agravaron la insolvencia, deben responder de los daños y perjuicios causados a la persona jurídica concursada y a los acreedores y socios, en su caso. Y lo harán en el procedimiento civil o en el penal correspondiente.

Los declarados como autores, o personas afectadas en la fase de calificación, pueden haber sido declarados -al igual que otros sujetos que no se incluyen en el ámbito subjetivo como personas afectadas en dicha fase- responsables de la causación o agravación de la insolvencia y responsables, por tanto, de los daños causados a la persona jurídica concursada, a sus socios y a sus acreedores. El juez de lo penal debe examinar, en el proceso penal, posibles responsabilidades penales derivadas de ilícitos relacionados con la insolvencia, sin que pueda existir, por mandato expreso de la norma, vinculaciones entre la calificación penal y la mercantil (ex art. 163.2 LC). Por ello, el juez de lo penal examinará la realización de alguno de los tipos previstos y penados en el Código Penal y de entender que así ocurre condenará a los autores del ilícito penal –a la pena correspondiente y la indemnización de daños y perjuicios que proceda<sup>809</sup>. Y lo hará, sea el condenado un posible autor, o no, del ilícito concursal, sin que tenga ni pueda hacer distinguos entre posibles autores de estos últimos, o no, a los efectos de la calificación concursal.

---

<sup>808</sup> RODRÍGUEZ RUÍZ DE VILLA, D., HUERTA, M<sup>a</sup> I., “La responsabilidad concursal tras el Real Decreto Ley 4/2014, de 7 de marzo”, en *ADCo*, núm. 36 2015, p. 189 afirman, tras plantearse la posible aplicación de la Business Judgment Rule en la fase de calificación, que no tienen sentido que una misma conducta “si no hay concurso no genere responsabilidad, y si lo hay determine la responsabilidad total o parcial del déficit concursal”.

<sup>809</sup> La SAP Valladolid (Secc. 3<sup>a</sup>) 23.0.5.15 – Rec. 73/2015, afirma que “lo que determina que, ejercitada la acción civil conjuntamente con la penal, no podrá ejercitarse la primera, en este caso la acción de responsabilidad por daños del art. 172.2.3º LC en sede concursal, hasta el momento en que se dicte sentencia en la jurisdicción penal”

Y si el juez de lo penal puede actuar así, no existe razón alguna para que el juez de lo mercantil no lo pueda hacer también. De hecho no hay razón alguna para que los administradores no puedan ser condenados ante el juez de lo mercantil (y ante el juez del concurso si la acción es social y se ejercita ex post a la declaración de concurso) a indemnizar los daños y perjuicios causados a la persona jurídica concursada o a sus acreedores o socios. La atribución en exclusiva a la administración concursal de la legitimación para el ejercicio de la acción social, durante el concurso, es una argumentación *ad maiorem* puesto que fortalece la tutela de los acreedores al entregar dicha competencia al órgano concursal cuya función primordial es la de la protección de los acreedores, impidiendo la disponibilidad de dicha acción por acuerdo de la Junta.

Téngase en cuenta, además, que tampoco existe obstáculo para que los apoderados generales (que pueden ser condenados al déficit) sean condenados ante el juez de primera instancia a indemnizar dichos daños, porque o entendemos que el art. 172.2 LC regula la responsabilidad civil de las personas afectadas por la calificación y de sus cómplices, o tenemos que aceptar que no hay norma prevista en la legislación concursal sobre la responsabilidad civil del apoderado general derivada de sus actividades de representación, por lo que habría de estarse al régimen general ex art. 297 CCom. frente a su principal, y ex art. 1902 CC., frente a cualquier tercero. Y esa acción se puede ejercitar por la administración concursal, pero también por la propia sociedad, de no existir suspensión de facultades e, incluso, por los acreedores en virtud de la legitimación que la LC les reconoce, aunque sea con carácter de subsidiaria (art. 54.4LC) Por todo lo dicho, entendemos que el ejercicio de acciones, en sede penal o civil, frente a los autores por la persona jurídica conlleva una reintegración de la masa que no está limitada por el importe de los créditos debidos sino por el daño imputable a aquellos, de tal manera que lo debido es la reparación del efecto lesivo sufrido por aquella y no sólo del importe de los créditos fallidos.

El art. 164.1 LC establece un ilícito de resultado y, en él, existen unos autores que están determinados por la norma, como son los administradores, liquidadores de hecho y de derecho, apoderados generales, (todos ellos referidos a los que lo son y a los que lo han sido en los dos años anteriores a la declaración de concurso) y desde la reforma de 2014, los socios de forma que, única y exclusivamente, sólo ellos pueden ser autores de ese ilícito. No cabe ninguna otra autoría de este ilícito de resultado que sea relevante a los efectos de la fase de calificación siendo así que, cualquier otro autor



de ese ilícito realiza una conducta atípica a efectos de la calificación concursal. El hecho de que se haya delimitado un ámbito subjetivo tan determinado y específico, sobre el que pueden recaer las consecuencias previstas en la Ley, como pronunciamientos susceptibles de incluirse en la sentencia de calificación, debe tener alguna justificación porque, sin embargo, además de los ya referidos, es factible que otros terceros puedan generar o agravar la insolvencia (resultado típico incluido en el ilícito del art. 164.1 LC). Es así que podemos entender que estamos ante ilícitos especiales porque sólo pueden ser realizadas por los concretos sujetos que delimita la norma. Los que no cumplen esos parámetros son extraños al ilícito y no pueden ser autores, con relevancia concursal, de esas conductas, aunque cabe que sí puedan realizar los elementos del tipo previsto en la LC (v.gr. apoderados singulares, directores sin poder general, empleados, asesores, entidades crediticias, competidores, etc.)<sup>810</sup>.

Lo primero que corresponde es entender la razón por la que sólo ellos (en la norma primigenia, sólo cabía condenar a los administradores y liquidadores; con la reforma de 2011, el ámbito se extendió a los apoderados generales; con la reforma de 2014 se amplió a los socios, en los términos de la conducta prevista en el art. 165.4º LC) pueden cometer el ilícito y que este tenga trascendencia en el concurso. Al establecerse un régimen de reproche especial (parece que lo hay en todo caso, del mero examen de las consecuencias del art. 172.2 LC), la construcción del propio ilícito justificaría una especial consideración en aquellos sujetos, respecto de los que la norma considera que ostentan deberes especiales, cuyo incumplimiento justifica la imputación de la condición de autor por un desvalor especial. El ámbito de sujetos que puede generar o agravar, por dolo o culpa grave, la insolvencia es muy extenso (basta la capacidad de destruir determinados activos societarios) pero, sin embargo, el ámbito subjetivo de realizar el ilícito concursal del art. 164.1 LC está muy acotado. Eso implica que las restricciones del sujeto activo del ilícito se corresponde con la tenencia de determinadas características, condiciones o requisitos referidos al tipo. Al configurar el ilícito concursal como un ilícito especial<sup>811</sup>, el fundamento ha de buscarse en la infracción de deberes especiales relativos a determinadas personas (administradores, liquidadores, o

---

<sup>810</sup> En sentido contrario, MARÍN DE LA BÁRCENA, R., “Responsabilidad Concursal”, en *ADCo*, núm 28, 2013, p. 25 afirma que si el único comportamiento antijurídico es haber causado un daño al patrimonio social y se ordena indemnizar ya no cabría la condena a reintegrar el déficit porque se habría logrado “la finalidad de ordenación”.

<sup>811</sup> Sobre los delitos especiales véase la obra de SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Madrid 2002.

socios –estos últimos, por las conductas previstas en el art. 165.2 LC-) o en el acceso a ciertos bienes jurídicos, a los que se dispensa protección y por ello tienen cierta capacidad de lesión. La configuración del art. 164.1 LC, como un tipo especial de infracción, se justifica, en relación con los administradores, en que ellos tienen deberes especiales de tutela del patrimonio societario y de garantes frente a los acreedores por los riesgos derivados del ejercicio de la actividades que se comprenden en el objeto social, además de ostentar, debido a las facultades de gestión y representación orgánica, pleno acceso al patrimonio societario, con la absoluta capacidad de menoscabarlo. Esa configuración del ilícito concursal, delimita un especial reproche a los considerados autores, lo que justifica la imposición de un régimen represivo frente a otros que pudieran realizar la conducta ilícita. En ambos casos, el que la desarrolle deberá abonar los daños y perjuicios pero, si además, realiza el ilícito concursal, tendrá que soportar un extra de desvalor.

#### *4. La delimitación de la responsabilidad indemnizatoria de los cómplices.*

En nuestro ordenamiento, a diferencia de otros como el alemán (véase el párrafo 830 BGB), sólo cabe, en el régimen general, la responsabilidad civil de autor, sin que quepa, salvo norma expresa en contrario (art. 28 CP o 166 LC), la responsabilidad civil de los no autores pero que son partícipes en la conducta tipificada como ilícita cuya consumación acarrea la consiguiente consecuencia jurídica. Por ello, una condena sólo puede dimanar de un sistema especial de atribución<sup>812</sup>, no basado en principios causalistas sino en un sistema de corte preventivo, con el fin de dotar a esa conducta ilícita de tintes de reproche, que motiven al cómplice a no asumir los riesgos de su colaboración con el autor, puesto que al tener la naturaleza de participación accesoria, pero serle atribuidos los daños, sí pierde el control sobre la generación de éstos y deberá asumir los causados por quién tiene la condición de autor.

Así, en el actual art. 172.3 LC se afirma que “La sentencia que califique el concurso como culpable condenará, además, a los cómplices que no tuvieran las condición de acreedores a la indemnización de los daños y perjuicios causados.», lo que,

---

<sup>812</sup> LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *El Proceso Concursal*, Cizur Menor (Navarra) 2012, p.754 afirma que el juez no puede condenar como cómplice a aquel frente al que se formula una pretensión de persona afectada porque supondría una alteración del objeto incurriendo en una incongruencia extra petita.

conlleva el tener que hacerse cargo de los daños, que le son imputados a aquél con quien ha cooperado para la causación o agravación de la insolvencia. El cómplice, en los términos que comprende la definición recogida en la legislación concursal, ex art. 166 LC, responde por los daños derivados de su contribución –complicidad, que no inducción- a la actuación del principal<sup>813</sup>, del cual su complicidad es accesoria, que con dolo o culpa grave ha causado o agravado la insolvencia y no sólo por los daños que dimanen de la devolución de los bienes o derechos indebidamente extraídos del patrimonio del concursado o de la masa activa (art 172.2.3 LC). El cómplice es declarado responsable por su participación en la realización de la conducta tipificada como antijurídica al “causar la insolvencia” por “dolo o culpa grave” y asume los daños dimanantes de tal atribución *ipso iure*, no por su consideración de autor, sino por la imposición de la obligación indemnizatoria que realiza el ordenamiento.

Sin embargo, se viene considerando, en defensa de la naturaleza indemnizatoria de la responsabilidad por el déficit, que el cómplice responde por los daños derivados de la no devolución de los bienes o derechos indebidamente obtenidos, a los que se refiere el art. 172.2.3 LC. Esto significa una reiteración de la aplicación de las consecuencias ordinarias que derivarían para todo aquél que carezca de tal condición, en tanto que, lo indebidamente obtenido es objeto, o debe serlo, de la acción rescisoria y consiguientemente de la indemnización prevista cuando la prestación recibida no es susceptible de devolución (arts. 71 a 73 LC). Que el “cómplice” tuviera que indemnizar en esos casos no es excepcional porque lo haría al obtener indebidamente algo y no al ser cómplice, para lo cual no es necesario ni siquiera la culpa leve sino que basta y es suficiente con que se produzca la obtención indebida. Esto lo corrobora, o si se quiere, lo acentúa, la nueva regulación con la responsabilidad del cómplice no acreedor, al que

---

<sup>813</sup> La SAP Zaragoza (Secc. 5ª) 15.07.08 – Id Cendoj: 50297370052008100258 “ determina el concepto de cómplice, al afirmar que “En principio, es preciso poner de relieve respecto de la complicidad concursal, como ya de antiguo ha señalado la Jurisprudencia -Por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 1972 --, la absoluta independencia de los órdenes penal y civil en este ámbito de aplicación del Derecho, y debe rehuirse de tal modo de una interpretación del concepto de "complicidad concursal" asimilándolo sin más al concepto penal, por lo que sólo con especial cuidado y gran atención será lícito trasladar el concepto de complicidad penal a este campo mercantil del concurso, pues la doctrina pone también de relieve que el concepto de complicidad concursal es claramente más amplio que el penal, pues las conductas que no respondan al concepto penal estrictamente considerado de la complicidad que encierran comportamientos propios del encubrimiento no repugnan al concepto homólogo de la complicidad, que se fundamenta sobre todo en la idea de cooperación, de cualquier clase que sea, que es la conducta propia esencial de la definición”. A nuestro juicio, este concepto se desvía del expresado por la propia norma que lo define en la LC que implica cooperar a realizar el hecho en el que se funda la calificación como culpable del concurso (art. 166 LC). Por ello, no cabe una complicidad ex post facto como parece defender la resolución.

se le hace responder de los daños. Pero, si no es acreedor y no ha de restituir bien alguno, no hay más daños de los que responder que los causados por el autor del que se encuentra “colgado”. O quizás, se pretende defender que el cómplice no acreedor responde frente a la sociedad o los terceros de los daños causados, por el administrador o apoderado general con el ha participado y el cómplice acreedor sólo lo hace si no puede restituir lo indebidamente percibido.

Si la obligación es alternativa, el art. 172.2.3 debería condenar al cómplice acreedor “a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa,” o “ a indemnizar los daños y perjuicios”, en lugar de “ a devolver... así como a indemnizar...”, donde el término “así como” se utiliza como conjunción conjuntiva. Téngase, además, en cuenta, que en sede de acciones rescisorias concursales, la indemnización de quien es parte en el acto rescindido es un instrumento subsidiario de la restitución de las prestaciones en el caso de que el bien o derecho salido del patrimonio del deudor no puede reintegrarse a la masa, que se añade al valor de estos cuando salieron del patrimonio del deudor (art. 73.2 LC). Por el contrario, el art. 172.2.3º condena a la restitución “así como” a indemnizar los daños y perjuicios, por lo que parece obvio que si aquella no fuera posible, se aplicaría el régimen general concursal (art. 73.2 LC) y en todo caso la obligación de indemnizar los daños y perjuicios, pero no los causados por la restitución indebida sino por la generación o agravación de la insolvencia.

La rescisión concursal se produce al margen de las intenciones de las partes y por la mera existencia de perjuicio a la masa activa del acto rescindido, por lo que la reintegración dimana sin reproche alguno a las conductas del concursado y de la otra parte del acto rescindido. Sin embargo, el cómplice, en la configuración legal de ese concepto, es necesariamente un interviniente en un hecho de otra persona, configurándose de forma accesoria respecto del autor, que realiza el hecho como propio. El cómplice es un “no autor”, pero favorece la acción de aquél y, en teoría general de la responsabilidad civil, no responde de ser lesiva al no mantener el control de la acción del autor causante del efecto lesivo, por lo que atribuirle los daños causados por los autores sólo puede justificarse en una supuesta función auxiliadora de la actuación a la que se imputa el daño, y la recriminación de aquella sólo puede basarse en previsiones *ex lege* expresas, que crearían una especialidad frente a las norma general de la

responsabilidad civil, que está prevista en nuestro art. 1902 CC, que es de autor y no de partícipe.

La cooperación, o complicidad, implica una contribución del partícipe en un hecho ajeno que él hace posible o facilita con la aportación realizada. Estas aportaciones, en ningún caso, pueden implicar un acto de ejecución de la conducta tipificada en cuanto esto les convertiría en autores. Por ello, se les hace aquí específicamente responsables como una creación *ex novo* de la posición deudora, que adquieren a raíz de la sentencia de calificación que no tendrían en ningún caso, con el ordenamiento vigente, durante el transcurso del proceso concursal y que la sentencia crea en los supuestos en los que ello se determina. Al no ser autores, sino estar sujetos al principio esencial de la teoría de la participación, sólo responden si el autor, en este caso, el administrador, realiza la conducta tipificada consistente en llevar a cabo “cualquier acto que haya fundado la calificación del concurso como culpable”.

Se puede, entonces, afirmar que los cómplices de los administradores responden de los daños causados por los autores de los ilícitos concursales<sup>814</sup>, asumiendo una responsabilidad que actúa como un instrumento incentivador contra la cooperación a la realización de actos de los que pueda dimanar la calificación de concurso de culpable, al hacer a quién es sólo partícipe, y no autor, soportar los daños provocados con la conducta desarrollada por este último. Y a esa función viene a dar satisfacción la norma concursal que determina su condena a indemnizar, reparando los daños, nunca por ellos causados, pero cuya conducta ha favorecido eficazmente para su realización. La cuestión, planteada en estos términos, deja sin fundamentos la defensa de una interpretación de la indemnización de daños y perjuicios, referida ex art. 172.2.3 LC, en términos de consecuencia del ejercicio de acciones rescisorias frente a las personas afectadas y los declarados cómplices. Y si los cómplices soportan los daños generados por el autor del que están “colgados”, parece obvio que estos mismos autores también lo hacen sin necesidad de llegar la condena al déficit. La responsabilidad del cómplice, por daños imputados a su autor, delimita que la responsabilidad indemnizatoria ya existe con carácter previo a la condena prevista en el art. 172.bis LC, de forma que, entendemos que la responsabilidad por el déficit no es indemnizatoria.

---

<sup>814</sup> YANES YANES, P., “La calificación del concurso”, en VVAA., *El concurso de acreedores*, Pulgar Ezquerro (dir.), Madrid 2012, p. 556 afirma que en el caso de los cómplices no acreedores serán condenados a indemnizar los daños y perjuicios causados en la exclusiva condición de la complicidad. A nuestro juicio, el cómplice no puede causar daños puestos por su carácter de partícipe y no de autor.

5. *El discutido sentido hermenéutico de los términos “podrá condenar” en el régimen de la condena por “déficit.”*

Si la responsabilidad concursal fuese indemnizatoria, la expresión "podrá condenar" carecería de sentido, cuando se habla del posible condena judicial a la cobertura del déficit (art. 172 bis.1 LC). Imputado el daño, en el ilícito de resultado, existente el dolo o culpa grave de la persona afectada, y declarado el concurso como culpable, el Juez, legitimada la administración concursal, a la vista de la solicitud de la reclamación con naturaleza indemnizatoria, sólo debería atenerse a declarar la deuda indemnizatoria y a condenar a su abono. La existencia del término "podrá", que difiere de los términos de la norma secundaria existente en la 172.2 LC, que implica un mandato dirigido al juzgador de inhabilitar, extinguir los créditos y condenar a los daños y perjuicios, podría justificarse en que al juzgador le es atribuido una facultad de condena y no un mandato imperativo de condenar. Obviamente, esta facultad, en todo caso, debería ser interpretada en sus debidos términos y al margen de la arbitrariedad. La existencia de una conducta típica, antijurídica (la prevista en el art. 164.1, o los supuestos del art. 164.2), a la que se sume la culpabilidad, como reproche al sujeto, y la punibilidad, conlleva la inhabilitación, la extinción de los créditos, la indemnización de daños y perjuicios<sup>815</sup> y la posible condena al déficit. Para dichos pronunciamientos judiciales basta una simple comprobación de la existencia de los elementos del tipo, la ausencia de causa de justificación, y la culpabilidad del sujeto responsable, debiendo, para la condena al déficit, justificarse el porqué de un uso u otro de la potestad que la norma secundaria le otorga. Obviamente, los criterios de condena no son los de la atribución del daño –no existen en las conductas de actividad y no permiten una condena indemnizatoria con esta responsabilidad en la conducta de resultado- sino los de desvalor de la conducta típica que, ahora ya, tras la reforma de 2014, está conectada al resultado típico previsto.

La utilización del término “podrá” no supone una norma facultativa, sino una norma, que en lógica deóntica, implica un mandato, preceptuando la obligación de condenar, en su caso, a los afectados al pago del importe total o parcial del déficit patrimonial. Es verdad que pudiera discutirse sobre si el término contiene una facultad o

---

<sup>815</sup> LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *El Proceso Concursal...*, cit., p. 754 siguiendo a nuestra jurisprudencia (SAP Barcelona 18.01.08; SAP Madrid 15.01.10; STS 22.04.10) considera consecuencias derivadas de la culpabilidad del concurso que deben imponerse de oficio: inhabilitación; pérdida de derechos de créditos; devolución bienes y derechos.

preceptúa una conducta pero, en ambos casos, tanto si hay un precepto o una facultad, habría un permiso para dicha condena, puesto que tanto preceptuar como facultar una conducta conllevan el permiso de realizarla. Al permitirse por el ordenamiento, al Juez, que condene al déficit se le está reconociendo la posibilidad, es decir, que tiene el permiso para hacerlo. Esta afirmación no puede ser corregida ya que la opción contraria sería falsa, puesto que la condena al déficit no puede estar permitida y prohibida simultáneamente porque una de las dos ha de ser falsa. Si no está prohibida, daría igual a estos efectos, cuál sea la interpretación finalmente aceptada del término “podrá”, bien como permiso, bien como facultad, porque a través de esta norma el ordenamiento legitima, en todo caso, al juez para la condena. Pero hemos de partir de que la existencia del permiso, en el art. 172 bis LC, implica que la ausencia del reconocimiento, como permite esa autorización normativa, impide la condena. Así, fuera de los supuestos del art. 172 bis LC no cabe la condena al déficit patrimonial, salvo que otra norma permitiera la misma, lo que de *lege lata* no está previsto. La concesión de la autorización, como excepción a la prohibición que preexiste, sólo puede significar que sin darse los presupuestos de los que parte la norma (persona jurídica concursada, concurso culpable y apertura de fase de calificación como consecuencia de la liquidación), no es posible la condena a las personas afectadas al déficit patrimonial. Parece obvio, pero no por ello menos relevante, destacar que no cabría una condena al déficit fuera del concurso, aunque quede un remanente de pasivos sin abonar.

Por ello, la norma que regula la responsabilidad por déficit no pretende facultar u obligar al juez para que condene, sino autorizarle a hacerlo. Es por ello, para que pueda estar facultado u obligado a hacerlo, por lo que se ha utilizado el término “podrá”, como permiso. Porque en lógica deóntica para que alguien pueda estar facultado u obligado a realizar una conducta es imprescindible tener permiso. El permiso es condición necesaria de la facultad o la obligación de actuar, mientras que la facultad o la obligación implican el permiso. Al verbalizar la acción “condenar” a través del permiso, la norma acentúa el carácter excepcional de la misma, subrayando que la responsabilidad al déficit requiere de unos presupuestos singulares, sin los cuáles no es posible su realización.

Aceptado que en todo caso existe un permiso normativo para dicha condena, que excepcionaría la prohibición de hacerlo, quedaría resolver si el Juez ha de condenar o sólo puede condenar. Si afirmamos que el Juez tiene la facultad de condenar tendremos

que coincidir, al menos en términos de lógica deóntica, que  $Fp \equiv Pp \wedge P\neg p$ , por el que estaría permitido la condena y estaría permitida la no condena. No obstante, dada la excepcionalidad de la medida, tolerada en virtud de la especial singularidad de sus presupuestos no parecen que permitan al Juez adoptar una decisión discrecional, y en cualquier caso arbitraria. A ello se añade el hecho de que si tuviera la facultad de condenar o no, no cabría infracción de la resolución judicial en su caso emitida, tanto de condena como de absolución a pagar el déficit, lo que está vetado en Derecho.

En función de lo dicho, a nuestro juicio, la interpretación más idónea es la que, aceptado que el término “podrá” utilizado normativamente lo que se pretende es, fundamentalmente, autorizar la condena, frente a la prohibición que en cualquier otros supuestos deviene, preceptúa que el Juez condene si se cumplen los requisitos para ello y no lo haga si se carece de ellos, sin que le sea legítimo omitir la condena aún existiendo los elementos en los que ampararla. Por ello, y también en lógica deóntica  $Op \equiv Ph\neg p \equiv \neg P\neg p$ <sup>816</sup>(que implicaría que al Juez no le está ni prohibido, ni permitido, no condenar). Es decir, al establecerse una conducta preceptuada ello implica que es condición suficiente de la obligación de hacerlo y del permiso que tiene para llevarlo a cabo y por ello, de darse los presupuestos debe condenar.

La redacción de la norma sobre la condena plantea tres interrogantes: “podrá”, “a todos o algunos” y “total o parcialmente”. Si el “podrá” se resuelve en el sentido referido como permiso que legitima al Juez, nos quedarían las otras dos cuestiones mencionadas. La mención referida a la condena total o parcial del déficit “en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia” (art. 172. bis. 1 LC) nos lleva a poder determinar quiénes entre los administradores afectados pueden ser condenados, lo que se justifica, de lege lata, en la posible imputación de la responsabilidad a aquellos cuya conducta ha generado o agravado la insolvencia, excluyendo de esta posible responsabilidad a todos los declarados como personas afectadas cuyas conductas no puedan englobarse en el ámbito del ilícito concursal previsto en el art. 164. 1 LC. De esta última afirmación sólo nos quedaría individualizar la pena, cuyo límite superior sería el importe del déficit existente y dentro del cuál se ha de condenar. Para esta última respuesta nos remitimos al último epígrafe en relación con la aplicación de la norma que determina la condena al

---

<sup>816</sup> HRUSCHKA, J., “Sobre la utilidad del hexágono deontológico para el Derecho”, en *Imputación y Derecho Penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, Cizur Menor (Navarra) 2005, p. 41 y ss.



déficit, aunque, previamente, hemos de determinar como se categoriza el propio déficit, cuya configuración como punición plantea el problema de la existencia de conductas no sancionadas cuando se carece de déficit patrimonial, aunque hayan generado o agravado la insolvencia, mediando dolo o culpa grave.

#### 6. *El “déficit” como presupuesto de punición.*

Lo que queda, finalmente, por identificar es dónde se ubica el déficit entre las categorías referidas para la imposición de la sanción, puesto que por muy reprochable que sea la conducta analizada y que motiva la declaración como culpable del concurso, si no existe déficit no se produce la punibilidad. Este podría ser un argumento relevante para defender la naturaleza indemnizatoria de la responsabilidad concursal, puesto que podría defenderse que sólo si hay déficit, como daño, habría condena pero, sin embargo, es posible asumir que no siempre que la conducta sea típica, antijurídica y culpable se ha de producir la pena. En este sentido, recordemos que la condena a la extinción de los créditos de los que sean titulares los afectados por la calificación puede responder a una conducta especialmente reprochable, pero carece de punición si no ostenta derecho de crédito alguno frente a la concursada.

A nuestro juicio, entonces, para la imposición del déficit hay que partir del presupuesto de que es necesario el que haya déficit –por supuesto, este es un elemento inexcusable de cualquier explicación que justifique el porqué esta pena sólo está prevista en sede de liquidación y no de convenio, ya que tras la aprobación de este último puede haber daño pero lo que no puede haber es déficit ya que la sociedad no se ha liquidado-, es necesario cumplimentar la categoría estructural de la punibilidad, siendo así que es en esta sede donde debe ser analizado este presupuesto de la condena.

En el Derecho Sancionador, la imposición de la pena queda sometida, en algunas ocasiones, a las denominadas “condiciones objetivas de punibilidad”, que se insertan, en la estructura de imputación de la responsabilidad<sup>817</sup> y cuya inexistencia determina, a pesar de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad de la conducta, la ausencia de punición. Estamos en presencia de determinadas condiciones de carácter objetivo que son requeridas por la Ley en algunos ilícitos para la imposición de la pena. Es un plus,

---

<sup>817</sup> Véase sobre ello, LUZÓN PEÑA, D-M., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Valencia 2012, 2ª ed., p. 577 y ss.

sobre la conducta tipificada que por ello, no pertenece al tipo de injusto<sup>818</sup> y que es independiente de la acción del autor. Es muy relevante destacar que en estos supuestos, existe el desvalor de acción y, en su caso, el de resultado, pero que, sin embargo, si está ausente la condición objetiva, faltara la pena. Se caracteriza por suponer un hecho incierto y futuro de carácter objetivo, que escapa al control del autor de la acción típica, el cuál no puede influir en su producción y la razón por la que es considerada como una condición “objetiva” es que ya que no puede ser abarcada por el dolo ni por la imprudencia, dado que es independiente de la acción y de la voluntad. Incluso es posible que el autor no desee su concurrencia.

En la Responsabilidad Concursal, la existencia o no de déficit no afecta ni altera la tipicidad de los ilícitos concursales (ni el de resultado del art. 164.1 ni los de mera actividad, del art. 164.2. todos de la LC), ni la antijuridicidad, ni la culpabilidad. La conducta se enjuicia, con independencia de que la sociedad pueda satisfacer tus créditos en el convenio o en la liquidación, pero sin déficit es evidente que no hay consecuencia jurídica derivada del art. 172 bis LC. El déficit es independiente de la conducta del autor prevista en el art. 164.1 LC, ya que se puede generar esta y concluir el concurso sin déficit, sin que por ello se reduzca el desvalor de la conducta tipificada y del resultado lesivo, en la generación o agravación de la insolvencia. La existencia del déficit es un hecho incierto y futuro que no puede ser controlado por el administrador que haya podido generar o agravar la insolvencia, por dolo o culpa grave, ya que, desde la declaración del concurso, pierde el control del riesgo de la insolvencia en que ésta se realice en déficit, muy particularmente si se ha acordado una suspensión de las facultades o si fue cesado con anterioridad a la declaración de concurso. Por ello, el déficit, en la imputación objetiva no puede ser tenido en cuenta porque ese resultado no es en el que se realiza el riesgo, que se concreta en la insolvencia, generada por el administrador. Éste, muy posiblemente, no desea que el déficit acontezca pero lo que sí es cierto es que no pudo generarlo con la acción que causó o agravó la insolvencia. Esta última afirmación deriva directamente de la consideración del déficit como un daño indirecto de la insolvencia<sup>819</sup>. Por todo ello, se puede afirmar que el déficit no es el resultado típico previsto en el art. 164.1 LC y, por ello, no puede conllevar una condena

---

<sup>818</sup> VVAA., *Derecho Penal. Parte General. Introducción. Teoría Jurídica del Delito*, Granada 2013, p.. 291 y ss.

<sup>819</sup> Tal y como se ha afirmado en el voto concurrente de la STS (Pleno S 1ª) 12.01.15.

a indemnizar en base al déficit, que esté justificada en la imputación de un resultado distinto que es el de la insolvencia.

El déficit es, entonces, una condición objetiva para la punición, independiente de la voluntad del autor del ilícito concursal del art. 164.1 LC, cuya ausencia no reduce el desvalor de acción y de resultado pero sí impide la imposición de la pena a asumir la responsabilidad patrimonial derivada de la existencia de un desequilibrio patrimonial en la sociedad concursada, tras la liquidación. Y es que en determinados supuestos, para imponer una sanción al infractor que realiza una conducta típica, antijurídica y culpable, se necesita un requisito adicional y en este caso, es el déficit. No puede obviarse que el resultado típico del art. 164.1 es la insolvencia y no el déficit, por lo que es incorrecto tratar de asentar una responsabilidad civil, que conlleva abonar el déficit, basada en la generación de la insolvencia. Si el resultado típico es la insolvencia, la indemnización debe determinarse en torno a ella, cubriendo todos los efectos lesivos previsibles y no restringiendo su ámbito al aspecto externo de insatisfacción de los acreedores, obviando que el daño también abarca a quien no siéndolo ha padecido la lesión en su inversión. Pero, además, considerando a la sociedad como titular del patrimonio lesionado, abonar el déficit, en concepto indemnizatorio, implica una restricción injustificada en la determinación de los efectos lesivos susceptibles de ser resarcidos, que conlleva a la sociedad a la extinción jurídica. Sólo puede haber una condena al déficit, cuando el resultado del ilícito concursal es la insolvencia, si aquella condena no es indemnización, sino pena.

### **B. Aplicación de los principios del Derecho Sancionador a la condena por “déficit”.**

El primer presupuesto para la existencia de la responsabilidad por déficit es la existencia de la norma de respaldo de la sanción que se trata de imponer. Es decir, al encontrarnos en el marco del Derecho Sancionador es requisito imprescindible para la válida constitución de la obligación pecuniaria de naturaleza punitiva<sup>820</sup>, la tipicidad y la configuración normativa de la sanción que se sostiene mediante el principio de legalidad.

---

<sup>820</sup> Sobre la potestad única del Estado véase NIETO, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, Madrid 2002, 3ª ed., p. 86 y ss.

En este sentido, la responsabilidad por déficit como sanción se vincula ante todo “con el imperio de la ley como presupuesto de la actuación del Estado sobre bienes jurídicos de los ciudadanos, pero también con el derecho de los ciudadanos a la seguridad...”<sup>821</sup>. La existencia de esa vinculación jurídica implica evidentemente un arco de derechos de protección de los sujetos, en vía penal, en vía administrativa o en vía jurisdiccional que le protejan frente a la arbitrariedad en la imposición de deberes, y le permitan el libre desenvolvimiento de sus actividades, hasta que las mismas puedan ser consideradas infracciones del ordenamiento, lo que determina que el referido principio de legalidad va a implicar, en este terreno del derecho sancionador «La existencia de una Ley (“lex scripta”); que la ley sea anterior al hecho sancionado (“lex praevia”); que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (“lex certa”); lo que significa un rechazo a la analogía como fuente creadora de delitos y penas, e impide, como límite a la actividad judicial, que el Juez se convierta en legislador», esto último como expresión del sometimiento de aquellos al imperio de la Ley (art. 117.1 CE). En la configuración de la responsabilidad concursal (art. 172 bis LC) se plantea el problema de los déficits normativos que ha configurado el legislador y la relativa inseguridad que esta ausencia pudiera provocar a los administradores, en la realización de sus actividades, como miembros de los órganos de administración o liquidación. No obstante, ello no es obstáculo para considerar la configuración normativa de la referida responsabilidad como una norma acorde a la CE, puesto que «la exigencia de determinación estricta y precisa de la conducta constitutiva de delito no supone que sólo sea constitucionalmente admisible “la redacción descriptiva y acabada en la Ley penal de los supuestos de hecho penalmente ilícitos (SSTC 127/1990 y 118/1995)”<sup>822</sup>. La tipicidad exige la concreción de la conducta sobre la que recaerá la responsabilidad, pero siendo bastante que lo sea en términos en los que pueda obtenerse un grado de certeza suficiente para los destinatarios de la misma tengan la posibilidad de predecir las correspondientes consecuencias<sup>823</sup>. Y en este sentido, la jurisprudencia se ha pronunciado en el sentido de entender que el art. 172.3 (ahora 172 bis) no violenta el principio de seguridad jurídica que exige el art. 9.3 CE puesto que

“La descripción de las conductas de las que deriva la calificación del concurso como culpable, mediante la combinación de una cláusula general con

---

<sup>821</sup> STC 62/1982 de 15 de octubre.

<sup>822</sup> STC 53/1994, de 24 de febrero.

<sup>823</sup> GARCÍA DE ENTERRIA, E. y FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo...* cit., p. 180

un sistema de lo que la ley considera presunciones *iuris tantum* y *iuris et de iure*, el establecimiento de unos requisitos muy concretos para la imposición de esta responsabilidad (concursos de personas jurídicas, en los que la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación), la delimitación también concreta de las personas a las que se puede imponer tal responsabilidad (administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, y quienes hubieren tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso) y la fijación del límite máximo de responsabilidad (el importe que de sus créditos no perciban los acreedores en la liquidación de la masa activa), establecen un régimen de responsabilidad concursal con una precisión más que suficiente para respetar el principio de seguridad jurídica del art. 9.3 de la Constitución sin necesidad de optar por una naturaleza resarcitoria para tal responsabilidad”. SAP Madrid (Secc. 28ª) 05.02.08 – Id Cendoj: 28079370282008100034

Por otro lado, es presupuesto la existencia de una obligación individualizada a cargo del responsable, por lo que en el Derecho Sancionador sólo se puede incriminar en concepto de autor, salvo previsión expresa, en virtud de la interpretación restrictiva que ha de presidir toda la normativa punitiva<sup>824</sup>. Por ello, y por interpretación acomodada a dicho régimen, en el seno de la denominada “sanción privada o sanción civil” no parece posible imputar responsabilidad de esta naturaleza más allá de aquél sobre el que recaigan responsabilidades derivadas de la infracción de un tercero, exigiendo la concreta imputación de la conducta. Y así, a efectos de una mejor visualización de la afirmación realizada, se ha dicho, en referencia con el Derecho administrativo, que es requisito la presencia de una individualización y personalización de la responsabilidad por infracciones administrativas<sup>825</sup>. Así en el art. 172 bis.1. LC, en su tercer apartado, determina la exigencia de la individualización de la condena, de existir pluralidad de condenados. La responsabilidad sancionadora no repara daños, actúa al margen de ellos porque su presupuesto es la violación del deber y la punición como consecuencia jurídica, aunque, en los casos de responsabilidad por deuda ajena, la responsabilidad sólo actúa si existe, precisamente, la deuda ajena sobre la que recae la responsabilidad. No obstante, como toda sanción ha de quedar sometida a principio de aplicación proporcional, evitando la discrecionalidad en la imposición de la responsabilidad correspondiente. Sin olvidar que la salvaguarda de los derechos del

---

<sup>824</sup> PARADA, R., *Derecho Administrativo...* cit., p. 492

<sup>825</sup> LOZANO, “La responsabilidad de la persona jurídica en el ámbito administrativo”, *RAP* 129, 1992, p. 211 y ss.

infractor han de que respetarse mediante la correspondiente aplicación de criterios de imposición de la sanción que la hagan adecuada y proporcional al ilícito cometido. De *lege lata*, el art. 172 bis LC ya contempla expresamente un criterio de proporcionalidad, al afirmar que la pena, el déficit, se impondrá “en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia”. No se impone al autor del ilícito concursal el daño causado sino la pena, que es el déficit, que se determinará en función de la imputación del resultado previsto en dicho ilícito, que es la insolvencia.

En una línea similar, por lo que respecta a las sanciones civiles, ya se ha afirmado que el carácter personal de la misma implica la aplicación de sus efectos en exclusiva al infractor<sup>826</sup>. No obstante, en una pena de carácter patrimonial, como la derivada de la condena al déficit, difiere en este sentido de la responsabilidad personal, como toda aquella que dimana del Derecho Sancionador público, ya que en aquel primer supuesto, se produce su patrimonialización. Ello implica que una vez que se constituye la sanción, por mandato legal o tras el procedimiento correspondiente, la misma adopta naturaleza de obligación jurídico-privada, insertándose en el patrimonio del sujeto como cualquier otra obligación de idéntica naturaleza, acomodándose a su régimen, y no por ello sus efectos punitivos se perjudican, sino que se acentúan al lesionar el patrimonio del infractor. Ello permite afirmar la transmisión de la obligación patrimonial, emanada de la sanción aplicada, a los herederos o legatarios del infractor<sup>827</sup>, a pesar de la naturaleza punitiva de la misma. El hecho de que, con el régimen legal primigenio (antiguo art 172.3 LC), no existiese disponibilidad de la sanción por parte de los acreedores, no implica negarle su carácter patrimonial una vez que se produce su nacimiento *ex novo* con la firmeza de la resolución de condena, lo que permitiría al acreedor beneficiado no solicitar la ejecución del derecho de crédito que la sentencia de calificación le reconocía<sup>828</sup>. Con la legislación vigente, el problema se ha solventado puesto que el derecho de crédito ya no es de los acreedores, contra la masa o

---

<sup>826</sup> CASADO CASADO, B., *La Sanción Civil...*cit., p. 438

<sup>827</sup> En contra CASADO CASADO, B., *La Sanción Civil...*cit., p. 442.

<sup>828</sup> En sentido contrario, MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., “Responsabilidad de los administradores de sociedades de capital por no promoción de la disolución o el concurso (sobre la retroactividad de la reforma de los arts. 262.5 LSA y 105.5 LSRL). STS 1ª, 9 de enero de 2006 (RJ 2006, 199)...cit., p. 471 entiende que estamos, en virtud del art. 172.3 LC ante una de las sanciones civiles con función punitiva, que implican efectos negativos para el sancionado, establecidas en tutela de intereses generales y graduadas, normalmente, en virtud de lo reprochable de la conducta, sin que se atribuya a los acreedores un derecho correlativo a exigir su pago, afirmando en nota 36 que “Debe tenerse en cuenta que la responsabilidad del artículo 172.3 LC no se puede exigir directamente por los acreedores sociales”.

concursoales, sino de la sociedad, cuyas facultades se ejercitan por la administración concursal, a la que se legitima inicialmente, para solicitar la ejecución (art. 172 bis. 2 LC). No cabe ya que ningún acreedor pueda renunciar a su crédito contra los administradores condenados puesto que no lo ostentan porque el déficit integra los créditos no satisfechos contra la sociedad y es ésta la destinataria de las cantidades abonadas por los condenados. Los acreedores podrán condonar su crédito contra la concursada pero no pueden extinguir el crédito contra los condenados al déficit. Sería la sociedad la que, en su caso, pudiera hacerlo, si bien a los acreedores también se les ha legitimado para solicitar la ejecución, cuando la administración concursal no proceda a ejercitar las acciones correspondientes, en lo que no es más que una norma de reiteración del art. 54.4 LC. No obstante, nos parece acertada su inclusión para evitar las interpretaciones contrarias a su aplicación, de no existir la mención expresa en el art. 172 bis).

El incumplimiento exige que sea el autor de la acción u omisión que implica la conducta ilícita el que realice la infracción, que además ésta le sea imputable y que sea culpable<sup>829</sup>, como criterio de imputación subjetivo<sup>830</sup>, en lo que es una exigencia generalizada en el Derecho Sancionador público<sup>831</sup>. La culpabilidad viene referida al elemento subjetivo del ilícito y, por lo tanto, a la actuación dolosa o culposa del sujeto en la realización de la actuación típica y antijurídica, para que sea sancionable<sup>832</sup>, lo que exige la existencia del elemento subjetivo en la configuración de los elementos del tipo y la huida de la responsabilidad objetiva en esta sede. Ello implica, que en el seno de la responsabilidad sanción, en la que la culpa es ontológica y por tanto irrenunciable para la reprochabilidad de la conducta y con ello para la imposición de la sanción prevista, se necesita de la culpa como principio del *ius puniendi* que ha de observarse de manera inevitable<sup>833</sup>. Nuestra jurisprudencia, en sede de Derecho Administrativo ha evolucionado desde una responsabilidad objetiva en las infracciones administrativas, hasta la aposición actual en la que se exige la culpabilidad exigiéndose que el sujeto no sólo quiera el resultado sino que quiera el resultado ilícito<sup>834</sup>.

---

<sup>829</sup> PARADA, R., *Derecho Administrativo...*cit., p. 492

<sup>830</sup> PARADA, R., *Derecho Administrativo...*cit., p. 489

<sup>831</sup> STC 26 de abril de 1990 y 19 de diciembre de 1991

<sup>832</sup> GARCÍA DE ENTERRIA, E. y FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo...*cit., p. 181

<sup>833</sup> HUERGO LORA, A., *Las Sanciones Administrativas...*cit., p. 377 y ss.

<sup>834</sup> Sobre dicha evolución véase NIETO, A., *Derecho Administrativo Sancionador...*cit., p. 386 y ss.

La existencia del principio de la personalidad de la acción ilícita, lo que obstaculiza una responsabilidad de esta naturaleza por hechos de terceros<sup>835</sup>, puesto que el «reproche sólo es posible predicar del sujeto sancionado y que únicamente respecto de él ha de producir efectos»<sup>836</sup>. Por ello, para la sanción civil, es aplicable el régimen del Derecho Sancionador en la que el papel de la culpa<sup>837</sup> tiene una presencia inevitable, debiendo acoger una caracterización con ciertas semejanzas<sup>838</sup> a la pena de índole jurídico pública. En este sentido, y contrariamente a alguna resolución judicial<sup>839</sup>, es presupuesto, para la condena, no sólo la culpa grave como desvalor de la conducta del sujeto, valorada en función del deber objetivo de cuidado, sino que la culpa exigida para la imposición de la sanción exige también la imputabilidad del sujeto autor del ilícito concursal. Lo contrario incumple los propósitos de la norma infringida y deslegitima la imposición de la sanción. Sin embargo, en relación con la antijuridicidad, como toda imposición de sanciones frente a la infracción del ordenamiento, es posible la ausencia de antijuridicidad si había una causa de justificación para llevar a cabo el incumplimiento de la norma, haciendo por tanto la conducta irreprochable<sup>840</sup>.

Al encontrarnos en sede de Derecho Sancionador se han de aplicar todos los principios que son propios de dicho Derecho, de idéntica forma, con igual justificación y con similar contenido a lo contemplado para el Derecho Penal o el Derecho Administrativo<sup>841</sup>, si bien con ciertos matices<sup>842</sup>, como a continuación se expone.

Es así exigible el principio de tipicidad, el de irretroactividad de la norma sancionadora (arts. 9.3 y 25 CE, art. 7.1 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y libertades), así como retroactividad de la más favorable (art. 24 CP y 128.2 LRJAP y a juicio del TC<sup>843</sup> de una interpretación a *sensu contrario*<sup>844</sup> del art. 9.3 CE, aunque haya negado la existencia del recurso de amparo al no entender encontrarse dicho derecho amparado por el art. 25 CE). Por ello, a nuestro juicio, si se

<sup>835</sup> NIETO, A., *Derecho Administrativo Sancionador*...cit., p. 380.

<sup>836</sup> STS (S. 3ª) 27.03.1998 – RJ 1998\3415

<sup>837</sup> BUSNELLI, F.D., SCALFI, G., *Le pene private*, Milano 1985, p. 3 y ss.

<sup>838</sup> CASADO CASADO, B., *La sanción Civil*...cit., p. 395

<sup>839</sup> SJM 1 Oviedo 21.11.13

<sup>840</sup> HUERGO LORA, A., *Las Sanciones Administrativas*...cit., p. 393

<sup>841</sup> Sobre la sustantividad del Derecho Administrativo Sancionador y su relación con los principios del Derecho Penal véase NIETO, A., *Derecho Administrativo Sancionador*...cit., p. 166 y ss.

<sup>842</sup> Así lo afirma el TC, entre otras, en sus STC de 30 de enero y 8 de junio de 1981

<sup>843</sup> STC 8/1981, de 30 de marzo.

<sup>844</sup> Discrepa de este argumento NIETO, A., *Derecho Administrativo Sancionador*...cit., p. 243. aunque reconoce el rango legal, que no constitucional de la regla de la retroactividad de la norma sancionadora más favorable en virtud del 128.2 LRJAPPAC



produce la aprobación de una norma sancionadora más favorable, no cabe más alternativa que entender que, en aquellos supuestos en los que el legislador no se manifieste expresamente enervando una posible extinción de los créditos de carácter patrimonial, ésta se produce en virtud de la aplicación del art. 9.3 CE que exige la aplicación de la norma más beneficiosa para el sancionado, tal y como ha recogido nuestro TC al afirmar que el principio de retroactividad de la ley sancionadora más favorable «supone la aplicación íntegra de la ley más beneficiosa, incluidas aquellas de sus normas parciales que puedan resultar perjudiciales en relación con la ley anterior, que se desplaza en virtud de dicho principio, siempre que el resultado final, como es obvio, suponga beneficio para el reo, ya que en otro caso la ley nueva carecería de esa condición de más beneficiosa que justifica su aplicación retroactiva»<sup>845</sup>.

Respecto de la aplicación de las reglas sobre la retroactividad más beneficiosa, ha de aplicarse a las obligaciones nacidas con anterioridad a la entrada en vigor de la norma de trato más beneficioso y siempre que las mismas no se hubieran extinguido por cualquier otra razón, como sucedería con el pago, en cuyo caso este último hecho conlleva el efecto extintivo y con ello la no aplicación de la norma posterior de trato más favorable al infractor. No importa la ejecución parcial o no de la sanción, lo importante es que se encuentre, al menos en parte, con saldo vivo a favor del acreedor. Es decir lo relevante es que la sanción no se haya ejecutado, aceptándose en el ámbito administrativo la aplicación retroactiva de la norma más favorable incluso cuando la misma se encuentra en sede impugnación jurisdiccional, aplicándose la nueva normativa por el órgano que conoce del recurso<sup>846</sup>, puesto que desde esta perspectiva siempre se aplicará la más favorable<sup>847</sup>.

De otro lado, como ya hemos referido, la sanción, es decir, la deuda a favor del acreedor concursal de la persona jurídica, no nace hasta el momento en el que se produce la firmeza de la resolución que la constituye<sup>848</sup>, puesto que hasta ese momento sólo existen los presupuestos de los que la misma, tras el correspondiente proceso, emana. Es decir, hasta que la sentencia de calificación que la declara, no lo haga con carácter de definitivo y firme, la sanción no ha quedado constituida generando el

---

<sup>845</sup> STC 131/1986, de 29 de octubre.

<sup>846</sup> STS (S. 3ª) 13.12.1991 – RJ 1991\9349

<sup>847</sup> NIETO, A., *Derecho Administrativo Sancionador...*cit., p. 247.

<sup>848</sup> CASADO CASADO, B., *La Sanción Civil...*cit., p. 438, lo que permite hablar de disponibilidad de la deuda por el particular.

correspondiente derecho de crédito en el acreedor, sin perjuicio, claro está, del ejercicio, por parte de éste, de las correspondientes medidas cautelares para el aseguramiento del pago de su crédito.

También aplicable, a la responsabilidad por el déficit, la prohibición de analogía (STC 75/1984, de 27 de junio), puesto que el mandato de tipificación normativa perdería su sentido si se pudiera acudir a este instrumento hermenéutico para crear nuevas infracciones y sanciones no previstas expresamente en la Ley<sup>849</sup>. Por ello, no cabe la aplicación de este precepto (art. 172 bis LC) más allá de los estrictos términos en los que el mismo se desenvuelve en cuanto que como se ha afirmado por el TC «No cabe duda que la extensión analógica de los tipos de infracción es una práctica vedada, no sólo en el ámbito penal, sino “ex” art. 25.1 CE en todo el ámbito sancionador»<sup>850</sup>

En relación con la aplicación del principio *no bis in idem* la jurisprudencia constitucional ha manifestado que «Para que la dualidad de relaciones sea constitucionalmente admisible es necesario, además, que la normativa que la impone pueda justificarse porque contempla los mismo hechos desde la perspectiva de un interés jurídicamente protegido, que no es el mismo que aquel que la primera sanción intenta salvaguardar o, si se quiere, desde la perspectiva de una relación jurídica diferente entre sancionador y sancionado...es indispensable, además, que el interés jurídicamente protegido sea distinto»<sup>851</sup>, lo que ha sido criticado al entenderse que dicha prohibición no va dirigida al legislador sino al operador jurídico el cuál no ha de preocuparse por los intereses protegidos que serían cuestión del legislador sino que sólo le ha de importar en tanto los mismos se hayan reflejado en el tipo<sup>852</sup>. Lo que exigirá un examen de los elementos del tipo y su coincidencia, o no, en las normas, cuya aplicación simultánea dicho principio ha de evitar, exigiéndose estar a las diferenciaciones o matizaciones de cada uno de los tipos previstos. No obstante, también se aboga por su aplicación en función de la finalidad de la medida desfavorable<sup>853</sup>, por cuanto ello justificará la aplicación de dos medidas si ambas no tienen naturaleza sancionadora, salvo que la misma norma contemplara, en lo que ese denominan sanciones complejas, varias medidas coercitivas, posibilitando su

---

<sup>849</sup> NIETO, A., *Derecho Administrativo Sancionador...*cit., p. 361

<sup>850</sup> STC 56/1998, de 16 de marzo.

<sup>851</sup> STC 234/1991, de 10 de diciembre.

<sup>852</sup> NIETO, A., *Derecho Administrativo Sancionador...*cit., p. 510 y ss.

<sup>853</sup> HUERGO LORA, A., *Las Sanciones Administrativas*, Madrid 2007, p. 438 y ss.

imposición en un mismo procedimiento-. Este último supuesto parece ser el que acoge el régimen concursal previsto en la regulación para la fase de calificación al contemplar varias medidas sancionadoras impuestas en un mismo procedimiento, previstas en los arts. 172 y 172 bis, ambos de la LC

Para que pueda llevarse a cabo, la exigencia de la correspondiente sanción patrimonial, es imprescindible la imposición de la misma en el marco de un procedimiento sancionador con todas las garantías que legitimen la actuación sancionadora en el marco de la regulación del Derecho Sancionador, según exige la Constitución. A estos efectos es exigible la aplicación del artículo 24 CE y la existencia de la tutela judicial efectiva y la aplicación de los artículos 6 y 7 del Convenio Europeo de Derechos y Libertades Fundamentales. Ello implica la exigencia de un procedimiento sancionador previamente regulado como se encuentra en sede concursal (arts. 167 y ss. LC); del mismo modo es exigible el derecho de audiencia, defensa y oposición que evite la indefensión donde deberá producirse la correspondiente aportación de la prueba de cargo que se corresponde con el derecho a la tramitación de la sección (art. 170 LC) y al de oposición a la calificación (art. 171 LC), cuya correlación con las normas del procedimiento administrativo sancionador son más que evidentes (arts. 135 y ss. LRJAP)<sup>854</sup>. En sí misma, la fase de calificación implica la apertura de una sección en el proceso con un marcado acento punitivo en el que la inhabilitación como primera consecuencia, con carácter sancionador marca la tramitación y los derechos de quienes pueden ser condenados<sup>855</sup>. A diferencia de las medidas coercitivas, la sanción se impone cuando ya se ha producido la infracción irreversiblemente y el sujeto no puede actuar en un cumplimiento tardío, con el fin de evitar la sanción<sup>856</sup>.

La fase de calificación se construye sobre el análisis de la conducta del deudor o de ser persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, con el fin de contrastar si esa conducta puede subsumirse en el tipificación que determinará la calificación del concurso como culpable, consistente en “cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave”

---

<sup>854</sup> Sobre el ejercicio de estos derechos en sede de procedimiento administrativo sancionador, véase GARCÍA DE ENTERRIA, E. y FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo...* cit., p. 195 y ss.

<sup>855</sup> SJM 7 Madrid 11.04.08 - JUR\2008\357081 “No debe olvidarse que la inhabilitación es una sanción personal, un reproche de desvalor social de la conducta ilícita. Es una medida represivo-sancionadora y preventiva (Machado Plazas, El concurso de acreedores culpable, Cizur Menor, 2006 pg. 177 y ss). Estamos, por tanto, según indica la Exposición de Motivos de la Ley concursal, ante una sanción. Una sanción no penal, pero que se basa en algunos principios comunes”

<sup>856</sup> HUERGO LORA, A., *Las Sanciones Administrativas...* cit., p. 273

(art. 164.1 LC). Podrá discutirse si dicha conducta es suficiente o no para calificar el concurso de culpable, o si la exigencia de culpa grave, frente a la regla general de la culpa del derecho sancionador, son adecuadas o no a los fines pretendidos. Podrá, igualmente, ponerse en tela de juicio si la apertura de dicha fase puede postergarse hasta el conocimiento de la solución concursal, y, en su caso, no proceda cuando haya un convenio que contemple una alternativa que exonere de la apertura de dicha sección, aún siendo la conducta del deudor o de los representantes aludidos, especialmente reprochable e incluso dolosa en la generación de la insolvencia. Ahora bien, de lo que no caben dudas, o al menos eso nos parece, es que la conducta de la que dimana, en su caso la calificación del concurso como culpable, se encuentre suficiente tipificada, en su concepto como conducta típica (integrada por el elemento objetivo “insolvencia” y en subjetivo “dolo o culpa grave”, así como en la imputación de un resultado “generación o agravación de la insolvencia” a dicha conducta), antijurídica y culpable. Y la prueba de la suficiente e idónea tipificación de la conducta reprochable está en que esa tipificación es suficiente para la imposición de una consecuencia jurídica, a la que nadie puede negarle la naturaleza jurídica de sanción, estricto sensu, como es la inhabilitación (art. 172.2.2º LC), cuya concreta delimitación en términos de extensión temporal se efectuará atendiendo a “la gravedad de la conducta y a la entidad del perjuicio”.

Por ultimo, y en relación con la determinación de la pena prevista en la norma, que es la condena al déficit, corresponde realizar alguna precisión derivada de su naturaleza sancionadora. Una de las características propias del Derecho Sancionador Penal es el de la ausencia de la responsabilidad solidaria, que se sustituye por la imposición a cada uno de los responsables de una pena individualizada, lo que se ha determinado en sede de responsabilidad administrativa al resolverse por el Tribunal Constitucional<sup>857</sup> que no es trasladable a estas infracciones la responsabilidad solidaria puesto que «la recepción de los principios constitucionales del orden penal por el Derecho Administrativo Sancionador no puede hacerse mecánicamente y sin matices, esto es, sin ponderar los aspectos que diferencian a uno y a otro sector del ordenamiento jurídico». Como se ha referido es esta una de las cuestiones más contradictorias y enigmáticas del Derecho Administrativo Sancionador<sup>858</sup>, al ser contraria con los principios de culpabilidad y personalidad de la pena. Así se ha establecido la

---

<sup>857</sup> STC de 26 de abril de 1990

<sup>858</sup> NIETO, A., *Derecho Administrativo Sancionador...*cit., p. 427

responsabilidad solidaria de manera general cuando el cumplimiento de una obligación corresponda a varias personas conjuntamente, por las infracciones que cometan y las sanciones que se les impongan (art. 130.3 LRJAP) , o la responsabilidad subsidiaria o solidaria por el incumplimiento de obligaciones impuestas, cuando hay el deber de prevenir la infracción administrativa cometida por otros (art. 130.3, segundo párrafo, LRJAP). En este último supuesto se está regulando la figura del garante subsidiario o solidario, que requiere la tipificación legal de su posición de prevenir la infracción legal, exigiéndose la culpabilidad del autor aunque no siempre se hace en relación con la del obligado solidario<sup>859</sup>, puesto que aunque el TC la exigió para el responsable solidario en la causación o colaboración de la infracción<sup>860</sup>, el TC aún exigiendo dicha culpa la ha sustentado en diversos criterios<sup>861</sup>. Si en esta sede la jurisprudencia constitucional ya rechaza la interdicción e la responsabilidad solidaria, no hay problema alguno en hacerla constitucionalmente aplicable en la configuración de la denominada “sanción civil”. Por ello, en el ámbito del Derecho Sancionador, la existencia de la solidaridad exigiría un reconocimiento expreso que como resultado de las exigencias del principio de tipicidad<sup>862</sup> estableciendo el régimen jurídico correspondientes. Y así es exigible también para las sanciones civiles,<sup>863</sup> puesto que debería igualmente jugar este principio de tipicidad un papel fundamental, en el sentido de ser exigida siempre en la imposición de tal sanción una tipificación expresa de la conducta infractora y de la concreta sanción civil. En este sentido, la aplicación del antiguo art. 172.3 LC no existía tal posibilidad y así se pronunció nuestra doctrina<sup>864</sup>, por carecer la norma de tal mención expresa. A nuestro juicio, la solidaridad, que puede llegar a cauterizar la herida de la punición pretendida, puede ser aceptable en responsabilidades sanciones del tipo aquí previsto, cuando se trata de supuestos en los que la responsabilidad es por deudas ajenas y no hay responsabilidad si la deuda fue abonada por el deudor principal. De lo contrario, cada responsable lo hará en los estrictos términos de su condena sin asumir cuotas de terceros co-responsables insolventes.

---

<sup>859</sup> NIETO, A., *Derecho Administrativo Sancionador...*cit., p. 434 y ss.

<sup>860</sup> STC de 26 de abril de 1990

<sup>861</sup> NIETO, A., *Derecho Administrativo Sancionador...*cit., p. 436 y ss afirma que en estos supuestos estamos ante supuestos de responsabilidad objetiva..

<sup>862</sup> GARCÍA DE ENTERRIA, E. y FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo...*cit., p. 182

<sup>863</sup> CASADO CASADO, B., *La Sanción Civil...*cit., p.413 y ss.

<sup>864</sup> ALONSO UREBA, A., “La responsabilidad de los administradores de una sociedad de capital en situación concursal. El art. 171.3 del Anteproyecto de Ley Concursal y sus relaciones con las acciones societarias de responsabilidad...”cit., p. 541; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “La responsabilidad concursal de los administradores de sociedades de capital, VVAA., Comentarios a la Ley concursal , Fernández de la Gándara-Sánchez Álvarez (coords ), Madrid 2004 ,p. 719

Conviene, además de lo dicho, dejar referida una precisión. En el Derecho Sancionador, dada la individualización de la pena, que es el criterio acogido en la Ley Concursal, no es posible (salvo disposición expresa) aplicar criterios de solidaridad o mancomunidad<sup>865</sup> por la sencilla razón de que habrá tantas deudas como condenados existan en la sentencia de calificación. Par que rijan los criterios de pluralidad de sujetos en la posición pasiva es presupuesto que la pluralidad se constituya sobre la misma obligación. Es en la parte de la deuda de la relación obligatoria<sup>866</sup> donde debe alojarse, en su caso, la pluralidad de condenados. Por ello, si cada obligación a abonar el déficit, parcial o totalmente, se constituye con la resolución judicial por la que se acuerda la condena, no es posible configurar una única relación obligatoria entre la sociedad y los condenados. Cada uno de estos debe una obligación a la sociedad y la debe por entero, en el importe en el que se haya individualizado la pena. Por ello, entendemos errónea la posición jurisprudencial que determina, a raíz de la modificación aprobada por la reforma de 2011, la constitución de los deudores con carácter mancomunado<sup>867</sup>.

En este sentido, es presupuesto del Derecho Sancionador la imposición de una pena que es la existencia de un obligación individualizada a cargo del responsable, por lo que en el Derecho Sancionador sólo se puede incriminar en concepto de autor de la infracción, salvo previsión expresa, en virtud de la interpretación restrictiva que ha de presidir toda la normativo punitiva<sup>868</sup>. Es por ello, y por una interpretación acomodada a dicho régimen, en el seno de la denominada “sanción privada o sanción civil” no parece posible imputar responsabilidad de esta naturaleza a nadie diferente de aquél sobre el que recaigan responsabilidades derivadas de la infracción de un tercero, exigiendo la concreta imputación de la conducta. Como se ha dicho, en referencia con el Derecho administrativo, es requisito la presencia de una individualización y personalización de la responsabilidad por infracciones administrativas<sup>869</sup>. Y la sanción por déficit, como toda sanción ha de quedar sometida al principio de aplicación proporcional, evitando la discrecionalidad en la imposición de la responsabilidad correspondiente, de manera que la salvaguarda de los derechos del infractor han de que respetarse mediante la

---

<sup>865</sup> En sentido contrario, respecto de proceder a aplicar dichas reglas RONCERO SÁNCHEZ, A., “Naturaleza y caracteres de la responsabilidad concursal de los administradores de sociedades de capital”. (A propósito de la Sentencia de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de marzo de 2007)”, *RDCP* nº 7 - 2007, p. 15 y ss.

<sup>866</sup> Díez PICAZO, L. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Las relaciones obligatorias, II, Madrid 1996, p. 161 y ss.

<sup>867</sup> SJM 1 Oviedo 21.11.13; SJM 7 Madrid 15.09.15 (caso Forum Filatélico)

<sup>868</sup> PARADA, R., *Derecho Administrativo...* cit., p. 492

<sup>869</sup> LOZANO, “La responsabilidad de la persona jurídica en el ámbito administrativo”, *RAP* 129, 1992

correspondiente aplicación de criterios de imposición de la sanción que la hagan adecuada y proporcional al ilícito cometido. Es así que el art. 172 bis.1 LC, en su apartado tercero, determina que “En caso de pluralidad de condenados, la sentencia deberá individualizar la cantidad a satisfacer por cada uno de ellos, de acuerdo con la participación en los hechos que hubieran determinado la calificación del concurso”. Esta individualización de la pena se corresponde, como acabamos de referir con el régimen general del Derecho Sancionador puesto que como instrumento punitivo la pena es personal y de ella, dada su función punitiva, ha de responder sólo el infractor.

Por último, es preciso subrayar que la determinación y aplicación de la pena no es un criterio para delimitar los presupuestos del ilícito, porque la pena no está en el injusto, sino que es la consecuencia de éste. En el ámbito del ilícito concursal, en el ya referido “voto particular” del Magistrado Sancho Gargallo, las principales cuestiones iban planteadas hacia la problemática derivada de la aplicación de la pena al déficit en cuanto no existirían criterios que permitieran a los administradores prever la condena, sin poder conocer que tendría que concurrir o dejar de ocurrir para que no se le condenase (en relación con las conductas del art. 164.2 LC), o que tendría que ocurrir para que se le condenara a pagar todo. A nuestro juicio, la existencia de criterios determinados y claros, que dieran suficiente seguridad jurídica para la determinación de la pena, hubieran sido deseables, además de ser lo constitucionalmente exigible para la aplicación de la norma, pero esa incorrecta regulación no debe provocar indebidas interpretaciones en relación con la naturaleza jurídica de la institución. En este sentido, se ha de considerar que los problemas de integración no pueden afectar a la interpretación jurídica. Esta última es un *prius* para determinar el sentido y significado de una institución, de una norma que presenta dudas. A estos efectos, conviene recordar que la interpretación supone reconstruir el pensamiento que contiene la Ley para llegar a su conocimiento y cumplir con el objetivo que la misma persigue<sup>870</sup> y que, para cumplir con esta función, se utilizan múltiples criterios (el literal, el sistemático, el lógico, el histórico, teleológico, etc.) de determinación del alcance y significado de las normas. Una vez que hayamos cumplimentado esta fase, corresponde aplicar el Derecho y, si este es incompleto, nos corresponderá integrarlo. Y en esta fase, la de integración, esa facultad de desarrollo normativo compete a los tribunales cuando la ley contiene

---

<sup>870</sup> SAVIGNY, Sistema de Derecho romano actual, Madrid 1878, disponible en Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, n° 6, 2010, p. 401 y ss.

lagunas. La existencia de las lagunas legales está vinculada a una “intención reguladora, al plan y a la teleología inmanente a la ley”<sup>871</sup>, siendo el legislador el que ha optado por la vía de que sea el juzgador el que, según las circunstancias, complete el Derecho. El art. 172. bis LC (antiguo 172.3 LC) ha atribuido a los tribunales la facultad de condenar “total o parcialmente” al déficit patrimonial de una entidad concursada y no ha otorgado criterios taxativos para delimitar la concreción de la pena (tras la reforma de 2014, ya tenemos uno muy evidente). Ese no es un problema de interpretación, sino de integración normativa, cuya resolución corresponde a aquellos a los que deben aplicar la norma, que no legitima alterar el proceso de interpretación. Por lo tanto, debemos afirmar que la responsabilidad por déficit puede ser criticada como medida de política legislativa o puede enjuiciarse negativamente desde el punto de vista de la aplicación de la normativa, pero ninguna de esas críticas puede servir en la tarea del intérprete jurídico, porque su objetivo no es crear Derecho sino, sencillamente, tratar de encontrar su sentido.

## **IX. COORDINACIÓN DE LAS RESPONSABILIDADES DE LOS ADMINISTRADORES. EN PARTICULAR DURANTE EL CONCURSO DE LA SOCIEDAD.**

Determinadas las distintas estructuras de imputación que hemos analizado y aplicadas a las distintas responsabilidades que nuestro ordenamiento contempla para los administradores societarios (responsabilidad indemnizatoria, en los arts. 236 y ss. LSC; responsabilidad coercitiva, en el art. 367 LSC; y responsabilidad sancionadora en el art. 172 bis LC), vamos a referirnos a como estas responsabilidades, que ostentan distintos presupuestos, estructuras de imputación y consecuencias jurídicas, se coordinan entre sí, en particular durante la situación de concurso de la sociedad de capital, en la que se integran los administradores.

Con el texto previo a la reforma de 2011 (LRLC) habida en la LC, la declaración de concurso no impedía el ejercicio de las acciones social, individual y por deudas sociales contra los administradores o liquidadores de la sociedad concursada. Por el

---

<sup>871</sup> LARENZ, K., Metodología de la Ciencia del Derecho, Barcelona 1994, traducc. de Rodríguez Molinero de la 4ª edición alemana, p. 363 y ss.



contrario, se reconocía expresamente la posibilidad del ejercicio de la acción social durante el concurso, legitimando, ad extra, a los administradores concursales (art. 48.2 LC derogado), sin que nada se dijera sobre las acciones individuales y por deudas. Esto último, junto con la interrupción de la prescripción de las acciones contra administradores, liquidadores y auditores (art. 60.2 LC) había llevado a defender por alguna sentencia<sup>872</sup> que dichas acciones quedaban en suspenso durante el concurso, aunque la opinión jurisprudencial y doctrinal mayoritaria defendía el ejercicio de las acciones societarias de responsabilidad durante el concurso de la sociedad<sup>873</sup>.

Por el contrario, y en cuanto a posibles acciones de la sociedad o de los acreedores contra los apoderados generales nada decía la LC y nada dice la reforma, salvo en lo ya referido en materia de Responsabilidad Concursal. Por lo tanto, ninguna especialidad dimana del concurso en las acciones contra los apoderados generales, frente a los que cabrán acciones declarativas que se sustanciarán en el juzgado de primera instancia –sus responsabilidades no dimanan del derecho de sociedades, por lo que no es competente el Juzgado de lo Mercantil (art. 86 ter LOPJ)- y que se ejercitaran, en caso de daños a la concursada, al amparo del régimen jurídico del art. 54 LC sobre “Ejercicio de acciones del concursado” que no ha sufrido modificación alguna desde su redacción originaria. No existe óbice alguno a que la sociedad o los acreedores ejerciten las acciones que estimen convenientes contra los apoderados generales de la sociedad concursada, en la sede jurisdiccional referida y al margen completamente del concurso, sin perjuicio de la responsabilidad concursal que sobre ellos pudiera recaer en sede de calificación y, a consecuencia de ello, del posible embargo preventivo que para asegurar la efectividad de esta última responsabilidad se pudiera acordar por el juez del concurso ex art. 48 ter LC. Por lo tanto, no cabe coordinación alguna puesto que, salvo lo ya referido en relación con la posible responsabilidad concursal, no hay afectación alguna por la declaración de concurso de la sociedad.

Es por ello, que en materia de coordinación nos interesa centrar la exposición en la acción social (art. 238 y ss. LSC), la acción individual (art. 241 LSC) y la

---

<sup>872</sup> Auto de 13 de diciembre de 2005 del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Oviedo, que fue posteriormente revocado por el Auto de la Audiencia Provincial de Asturias de 29 de diciembre de 2006.

<sup>873</sup> QUIJANO GÓNZALEZ, J., “La responsabilidad societaria en el seno del concurso: Marco de relaciones con la responsabilidad concursal”, en Guerra Martín, G. (dir.), *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, Madrid 2011, p. 403.

responsabilidad por deudas , regulada en el ámbito del régimen disolutorio de las sociedades de capital (art. 367 LSC)<sup>874</sup>.

#### **A. La acción social por daños a la sociedad concursada.**

En base al texto previo a la regulación actual, si la acción social había sido ejercitada antes de la declaración del concurso, el procedimiento se encontraba en primera instancia y el juez del concurso estimaba que su resolución tenía trascendencia sustancial para formar el inventario, se podía ordenar la acumulación al concurso (art. 51.1 en relación con el art. 8.7º, ambos de la LC). Además, para el ejercicio de esta acción, una vez declarado el concurso, se añadía, a la legitimación activa ordinaria, la de la administración concursal, sin subordinarla a la existencia de un previo acuerdo de la junta (art. 48.2 LC) teniendo la competencia objetiva el juez del concurso, con independencia de cuando se hubieran producido los daños y perjuicios. Con la reforma introducida por la LRLC, la acción social se acumula al concurso, de oficio, si ha sido ejercitada con anterioridad a la declaración del concurso y el procedimiento se encuentra en primera instancia y no ha finalizado el acto de juicio oral (art. 51.1), mientras que en caso contrario, continuará sustanciándose ante el mismo tribunal. Declarado el concurso, la legitimación para su ejercicio se atribuye en exclusiva a la administración concursal (art. 48 quáter LC) y la competencia objetiva es del juez del concurso (art. 8.7º LC).

Es muy destacable, en prime lugar y a efectos de su ponderación, la atribución de la competencia en exclusiva para el ejercicio de dicha acción, al juez del concurso, que conocerá de dicha acción con independencia de si el daño es anterior o posterior a la declaración de concurso y que ya se había producido con la reforma introducida por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial. Se quiso dotar al mismo de una competencia exclusiva y excluyente de dichas acciones, suponemos que con el fin de controlar y coordinar la integración del patrimonio social con cargo a la reparación de los daños

---

<sup>874</sup> Véanse sobre este tema de la coordinación los trabajos de QUIJANO GONZÁLEZ, “La responsabilidad societaria en el seno del concurso: marco de relaciones con la responsabilidad concursal”, en VVAA., *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, Guerra Martín (dir.), Madrid 2012; QUIJANO GONZÁLEZ, J., “Coordinación de acciones societarias (social, individual y por deudas) y concursales de responsabilidad”, en *RDCP* núm. 22, 2014

imputables a sus administradores/liquidadores/auditores, habiéndose defendido como un adecuado instrumento de coordinación del ejercicio de la acción social con la responsabilidad por déficit para evitar disfuncionalidades en perjuicio del concurso<sup>875</sup>. No obstante, nos parece que esta construcción no está bien sistematizada en la norma, en cuanto que el ámbito subjetivo de ambas acciones es distinto. Así por un lado, a través de la acción social, competencia del juez del concurso, se establece como vía exclusiva la reclamación a los auditores de cuentas y ello a pesar de que la responsabilidad por déficit no contempla que los mismos puedan ser condenados, quedando, por lo tanto, delimitada su responsabilidad a los daños que les sean imputables cuyo órgano jurisdiccional competente será el del concurso. Y de otro lado y en sentido contrario, y ya tras la LRLC, las acciones contra sus apoderados generales, que no se ejercitan a través de la acción social, no son competencia del juez del concurso y eso que ahora sí se contempla expresamente su posible condena al déficit patrimonial (art. 172 bis LC, según redacción establecida por la LRLC).

En segundo lugar, quebrando el juego de legitimación societaria para el ejercicio de dicha acción, así como la regla fundamental del derecho concursal de la legitimación subsidiaria de los acreedores para el ejercicio de las acciones del concursado (art. 54.4 LC) se ha venido a establecer, modificando la anterior redacción (que respetaba la legitimación de derecho societario, de socios y acreedores, aún de carácter subsidiario, ex arts. 238, 239 y 240 LSC, a la que se añadía la legitimación, sin necesidad de acuerdo previo de la junta, de la administración concursal), la legitimación con carácter exclusivo y excluyente a la administración concursal<sup>876</sup>, dejando en sus manos la decisión, no sólo de su ejercicio sino de la posible extinción de dicha acción, con el consiguiente perjuicio para la sociedad, socios y la de aquellos, a los que el fin solutorio el concurso debería tutelar, es decir, los acreedores. Se produce, en consecuencia, un nuevo marco de relaciones que conviene abordar para su mejor comprensión.

Si la justificación de esa atribución en exclusiva está en evitar acciones temerarias, que pudieran afectar la masa activa, la solución ya se encuentra en la propia legislación concursal, ex art. 54.2 LC que obliga a la sociedad a solicitar autorización

---

<sup>875</sup> GARCÍA CRUCES, J.A., “La responsabilidad concursal”, en Rojo, A. y Beltrán, E.(dirs.), *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, Valencia 2011, 4ª ed., p. 354

<sup>876</sup> Así se contemplaba en el art. 57.1 de la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995.

cuando las demandas puedan afectar a su patrimonio<sup>877</sup> y ex art. 54.4 LC, que obliga a los acreedores en su caso, a litigar a su costa, sin que con ello se obstaculice el ejercicio de la acción por la administración concursal (no hay razón de carácter procesal que exija un tratamiento diferente a la acción social respecto de cualquier otra acción de la que sea titular la sociedad concursada). Si la razón que se pretende argumentar es la coordinación de la responsabilidad por déficit, no se entiende el porqué esperar hasta el final del procedimiento para su ejercicio cuando además no es seguro, o al menos no lo es en todos los casos, que dicha responsabilidad se vaya a producir. Además, la responsabilidad por daños ex art. 238 LSC es por culpa levísima, y la del 172 bis LC es por dolo o culpa grave. Pero, y como ya hemos afirmado, la acción social afecta a los auditores, no afectados por la responsabilidad por déficit, y no lo hace frente a los apoderados generales, que sí están afectados por la responsabilidad por déficit y no cabe justificación para que los acreedores puedan ex art. 54.4 LC ejercitar acciones, por daños, de la sociedad concursada, contra sus apoderados generales y no lo puedan hacer contra sus auditores, cuando, precisamente, frente a estos últimos no cabría otra responsabilidad que la acción social, puesto que no pueden ser condenados a la responsabilidad concursal. Es por ello, que la deslegitimación de sociedad, de los socios y de los acreedores (en este último caso, con injustificada excepcionalidad al régimen del art. 54.4 LC)<sup>878</sup> carece de fundamento y sólo puede producir perjuicios a la masa. También se han expuesto razones de oportunidad, con el fin de evitar que una acción social ejercitada al margen de la administración concursal produjera eficacia de cosa juzgada<sup>879</sup>. Estas razones afectan a cualquier acción de la sociedad ejercitada por los acreedores (ex art. 54.4 LC) y además se obvian por el legislador para la acción social ejercitada con anterioridad a la declaración de concurso. En todo caso, la administración concursal tiene que ser notificada del ejercicio, por los acreedores, de cualquier acción del concursado (art. 54.4 LC), pudiendo, en su caso, ejercitar la acción a través de la solicitud de intervención por tener interés directo y legítimo en el resultado del pleito (art. 13 LEC en relación con el art. 54.1 y 2. LC).

---

<sup>877</sup> JUSTE MENCÍA, J., “Responsabilidad de los administradores en el concurso, según el Proyecto de Ley de Reforma de la LC”, disponible en [www.gomezacebo-pombo.com](http://www.gomezacebo-pombo.com), visto en diciembre 2011, p. 2 y 3.

<sup>878</sup> MORALEJO, I., “Las reformas en materia de calificación del concurso”, en Beltrán, E., García Cruces, J.A. y Prendes, P. (dirs.) *La Reforma Concursal*. III Congreso Español de Derecho de la Insolvencia, Cizur Menor (Navarra) 2011, p. 622 afirma que no resulta fácil explicar el porque de esta excepcionalidad al margen del art. 54.4 LC.

<sup>879</sup> MARÍN DE LA BÁRCENA, F., “Reformas en materia de calificación concursal”, *RDCP*, nº 15, 2011, p. 3.

Siempre podría alegarse que, en virtud de la legitimación que el derecho societario reconoce, la acción social se podrá ejercitar, en su caso, una vez concluya el concurso de la sociedad. Este argumento, que no parece carecer de validez presenta dos inconvenientes muy graves que conviene analizar.

En primer lugar, si dicha acción se ejercita tras el concurso, y este ha concluido tras la fase de liquidación, la extinción de la sociedad, consecuencia del agotamiento de la masa, necesitará de una reapertura de aquel una vez que aparezca cualquier realización de dichas acciones que conllevaría la aparición de bienes y derechos aparecidos con posterioridad a la conclusión (art. 179.2 LC). Sin embargo, se obvia que el derecho de crédito de la sociedad concursada no nace con la sentencia condenatoria, ni tan siquiera con el ejercicio de la acción social, sino con el daño causado. Por ello, si existe un derecho de crédito contra los administradores, derivado de daños que les son imputables y los mismos son realizables, por existir solvencia de los mismos o instrumentos para hacerlos efectivos (por ejemplo un seguro de responsabilidad civil de los responsables) no sería posible concluir la liquidación, salvo que “la administración concursal presentará al juez del concurso un informe final” donde “razonará inexcusablemente que no existen acciones viables de reintegración de la masa activa ni de responsabilidad de terceros pendientes de ser ejercitadas” (art. 152.2 LC). El problema estaría en la aparente paradoja que se plantea ya que la sociedad no puede concluir su concurso por existir ese derecho de crédito, pero la administración concursal no ejercita la acción, determinando una inexistencia de bienes con que liquidar a los acreedores que no pueden reclamar al haber sido privados de las acciones previstas contra los legitimados pasivos de la acción social y no se puede concluir el concurso en tanto en cuanto exista ese derecho de crédito. Pero si la conclusión de la liquidación finalmente se aprueba, se procede a la conclusión del concurso (ex art. 176.2 LC) y la extinción de la sociedad disponiendo la cancelación de su inscripción en el Registro Mercantil (art.178.3 LC). Y extinguida la sociedad y cancelada su inscripción, deslegitimada la Junta en esa situación, por la propia extinción societaria y aceptando que, en esa situación, los socios y los acreedores pudieran ejercitar la acción social – reclamando derechos de la sociedad extinguida-, procedería, en su caso la reapertura del concurso (art.179.2 LC), donde finalmente habría de enjuiciarse la acción correspondiente a instancias de los socios o acreedores. Obviamente, otra solución que quedaría sería la del ejercicio de la acción de daños y perjuicios contra la administración

concursal y su necesaria aseguradora por los daños causados a la masa activa ex art. 36 LC.

En segundo lugar, y lo que parece más grave, es que la prescripción de la acción social, contrariamente a lo que se viene afirmando<sup>880</sup>, desde la aprobación de la LC, no se interrumpe por la declaración de concurso<sup>881</sup>. De una interpretación sistemática se aprecia que la interrupción de la prescripción de las acciones contra administradores, liquidadores y auditores no está en sede de ejercicio de las acciones del concursado (art. 54 LC) sino en la Sección Tercera, del Capítulo II del Título III, y lleva por epígrafe “De los efectos sobre los créditos”. En esta sección se contiene un artículo, el art. 60 “Interrupción de la prescripción”, que en su apartado 1. establece que se produce la interrupción de las acciones contra el deudor, obviamente referidas a las que ostentan sus acreedores y, en su apartado 3, se refiere a las acciones contra socios y contra administradores, liquidadores y auditores de la persona jurídica concursada, que pueden ser referidas a los acreedores o también al propio deudor. Entender que aquí está englobada la acción social, equivaldría a afirmar que el deudor concursado vería interrumpida la prescripción de sus acciones, lo que es forzar en exceso dicha interpretación. Primero, sistemáticamente, se trata de efectos sobre los créditos de los acreedores del concursado, no sobre los créditos de este último, cuyos acreedores (administradores/liquidadores/auditores) no están en concurso. Del mismo modo, ni se prohíbe al deudor concursado compensar sus créditos con sus deudores, ni se le suspenden los intereses de los créditos de los que la concursada sea titular. Por lo tanto, no parece que la interrupción de la prescripción despliegue efectos para los créditos de los que el propio deudor sea titular, en este caso frente a administradores, liquidadores y auditores. La excepcionalidad del apartado 3 del art. 60 LC está en que despliega efectos sobre los créditos de los acreedores de la sociedad concursada frente a sus socios, administradores, liquidadores y auditores<sup>882</sup>, de lo que dimanaría que la acción social no se ve interrumpida por la declaración del concurso de la sociedad.

---

<sup>880</sup> Por todos, JUAN Y MATEU, F., “Artículo 60. Interrupción de la prescripción”, en Rojo, A. y Beltrán, E (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid 2004, tomo I, p. 60;

<sup>881</sup> Parece defender esta postura MAIRATA LAVIÑA, J., “Artículo 60. Interrupción de la prescripción”, en Pulgar Ezquerro, J., Alonso Ledesma, C., Alonso Ureba, A. y Alcover Garau, J. (dirs.) *Comentarios a la Ley Concursal*, Madrid 2004, tomo I, p. 716.

<sup>882</sup> En el art. 71.3 de la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995 se afirmaba expresamente la suspensión de la prescripción contra las acciones sociales. En el texto actual, art. 60.3 LC, no se incluye mención alguna

Ante lo anteriormente dicho, se nos podría plantear el porqué de esta interrupción si, como ya hemos indicado, también es factible el ejercicio de las acciones individuales frente a estos sujetos, al margen del concurso, con el fin de ser reparado de los daños sufridos en las relaciones con la sociedad. Ese planteamiento obviaría que en la acción individual, lo que se resarce es el daño sufrido en el patrimonio de los socios o a acreedores, daño directo, imputable al administrador/liquidador. Y que de dicho daño, en todo caso, por serle imputable en el marco de su actividad orgánica, debe responder la propia sociedad, como responsable directo o como responsable subsidiario, porque el daño se causa en el marco de su organización (arts. 1903 CC o 116 CP). Y al encontrarse esta última en concurso, es posible que el daño no pueda determinarse hasta que el concurso concluya y quede concretado la extensión de la lesión patrimonial en el acreedor. Ello justifica la medida conservativa de las acciones de los acreedores frente a los responsables del efecto lesivo directo, dado que es posible que el daño sea reparado por la propia sociedad, deudora principal o no, directa o subsidiaria, del crédito. Si se defendiera una interpretación extensiva del art. 60.3 LC, abarcando, además de las acciones individuales de los acreedores, la social de la concursada, se produciría una contradicción del tenor del precepto referido que se refiere expresamente a “*la persona jurídica deudora*” cuando si lo que previese fuese una acción social debería decir “*de las acciones contra sus*” y no contra “*socios, administradores, liquidadores y auditores de la persona jurídica deudora*”. Y si así fuera, no se entendería el art. 60. 4 LC en cuanto que, para el cómputo del plazo de prescripción, se refiere al “*supuesto previsto en los apartados anteriores*” cuando si estuviéramos hablando de acciones de los acreedores y de la propia concursada debería utilizar la expresión en plural y referirse a los supuestos previstos en los apartados anteriores. Y si no lo hace es porque sólo en la *mens legis* está la interrupción de la prescripción, y con ello la tutela, de los créditos de los acreedores y no de la concursada, cuya protección debe llegar a través del ejercicio de sus acciones ex art. 54 LC y, excepcionalmente, de la diligencia de la administración concursal, ex art. 48 quáter LC. En todo caso, no se ve razón alguna para que la acción social no se ejercite durante el concurso, cuando es un mecanismo idóneo para la reintegración patrimonial.

El problema que plantea la legitimación exclusiva y excluyente de la administración concursal para la acción social en conjunción con la interpretación ofrecida del art. 60.3 LC, es que la ausencia de ejercicio por parte de aquella durante el

concurso, sumada, en su caso, a la prescripción consumida ex ante de la declaración de concurso, puede agotar el plazo de prescripción previsto para su ejercicio, extinguiendo el derecho de crédito, acarreado la consiguiente pérdida de la masa activa y el efectivo daño. Este último, en su caso, imputable a los administradores concursales por falta de ejercicio de dicha acción durante el concurso y la consiguiente responsabilidad. Es cierto que con el texto originario relativo a la legitimación de la acción social, en virtud de la interpretación del art. 60.3 LC que defendemos, también hubiese sido posible la prescripción de la acción social, pero, en ese caso, el decaimiento de dicha acción habría devenido por una ausencia de ejercicio de todos los legitimados (sociedad, socios, acreedores y administración concursal), lo que permite afirmar una ausencia de legitimación, para reclamar daños y perjuicios por dicha prescripción, frente a los administradores concursales que, por las razones que fuere, no ejercitaron dicha acción, dado que perjudicados podían haberse autotutelado. Sin embargo, ahora sólo pueden esperar el ejercicio de quién debe tutelarlos, al decaer en su legitimación.

La exhaustividad terminológica en la atribución de la legitimación que utiliza el legislador al afirmar que corresponderá “exclusivamente” a la administración concursal la acción social durante el concurso (actual art. 48 quáter LC, según redacción LRLC), impide que pudiera jugar la legitimación subsidiaria de los acreedores ex art. 54.4 LC, siendo inviable evitar la dejación en la interposición de la correspondiente demanda dada la utilización del adverbio mencionado y la implicación de imposibilidad en el ejercicio alternativo. Establecer una excepción al régimen general de legitimación subsidiaria de los acreedores para el ejercicio de las acciones de la concursada (art. 54.4 LC) cuando lo que se persigue es el fin solutorio, no encuentra justificación alguna cuando la acción social no persigue otro objetivo que reintegrar el patrimonio de la sociedad concursada. Lo que no debe ceder espacio a la responsabilidad concursal, especialmente cuando aquella es una vía más rápida –puede ejercitarse desde el inicio del concurso-, con menos presupuestos para su ejercicio y más eficiente, en tanto en cuanto no necesita de la apertura, tramitación y resolución de una fase concursal, como es la de calificación. Al margen de que con la responsabilidad concursal se reintegra el patrimonio para satisfacción de los acreedores -hasta el límite de los créditos no satisfechos en la liquidación- y con la acción social se resarce todo el daño sufrido por la sociedad, incluyendo el que indirectamente pueden sufrir los socios ante una



disminución del neto patrimonial y que repercute en el valor de su participación societaria.

### **B. La acción individual por daños a los socios o a los acreedores.**

En cuanto a la coordinación entre la acción individual y la responsabilidad concursal, la LRLC no modificó el régimen jurídico establecido por la LC de compatibilidad y que ha venido siendo aplicado casi unánimemente, tras alguna sentencia que entendió, en virtud del régimen de interrupción de la prescripción (art. 60LC), que no era exigible durante el concurso. Así, se ha aceptado la plena convivencia entre ambas responsabilidades, otorgando al tercero (acreedor o socio) dirigirse directamente contra el administrador/liquidador de derecho o de hecho para reclamarle los daños imputables a él. Esta acción, viable en diversos grupos de casos<sup>883</sup>, puede ser utilizada para la satisfacción de indemnizaciones por daños sufridos por el acreedor, imputables al administrador, dimanante de créditos insatisfechos por la sociedad. En estos casos, su ejercicio no altera el posible crédito existente contra la sociedad concursada, que en su caso pudiera preexistir y de cuyo incumplimiento procede la responsabilidad por daños frente al tercero. Si la obligación fuera abonada, la indemnización debería restituirse al administrador en el importe recuperado. Por el contrario, si la responsabilidad civil del administrador no es por el incumplimiento de una deuda preexistente sino por daños a él imputables en virtud de sus actuaciones, no cabría derecho de repetición frente a la sociedad, inicialmente responsable solidaria del administrador, al haberse producido el daño en el marco de la actividad de gestión y representación a aquél atribuidas. Por el contrario, si el administrador responde por omisión de la tutela que debe dispensar a los terceros frente a los daños que la sociedad pudiera causar, el abono de la indemnización del primero al tercero perjudicado, conllevaría la aplicación de las reglas de la solidaridad previstas en el CC, naciendo, del pago la subrogación ex lege (art. 1210.3 CC) frente a la sociedad concursada lo que novará subjetivamente el crédito al ser más favorable para la masa la consideración de subordinado por ser el titular, tras la subrogación, sujeto especialmente relacionado con la concursada (art. 93.2.2º LC). En todo caso, las acciones del tercero frente al

---

<sup>883</sup> Véase ESTEBAN VELASCO, G., “La acción individual de responsabilidad”, en Rojo, A. y Beltrán, E., *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, Valencia 2013, 5ª ed., p. 227 y ss.

administrador por daños se ejercitarán ante el juez de lo mercantil procedente, no ante el del concurso, por el procedimiento declarativo correspondiente sin que se vean afectadas dichas acciones por la declaración de concurso de la sociedad, más allá de la interrupción de la prescripción para dicho ejercicio, ex art. 60.3 LC.

Frente a la situación de *lege lata* de perfecta compatibilidad entre la acción individual y la responsabilidad concursal, se había abogado<sup>884</sup> *ex ante* de la LRLC por someter dicha acción al juez del concurso y suspender su exigibilidad hasta que no fuese cubierta la responsabilidad concursal, con fines de tutelar la *par condicio creditorum*. E igualmente se defiende dar un tratamiento similar al actual régimen de las acciones por deudas a la acción individual cuando el objeto material de esta última sea cobrar a cargo de los administradores, aunque se reclama como daños, deudas sociales insatisfechas<sup>885</sup>.

Frente a las posiciones acabadas de referir, creemos correcta la decisión del legislador de mantener la acción individual al margen del concurso. Si la responsabilidad por daños, frente a acreedores o socios, hubiera corrido la misma suerte que la responsabilidad por deudas y se hubiera puesto a refugio del ejercicio de las acciones procesales de los perjudicados, con fines tanto de tutela de la *par condicio creditorum* de la concursada, como de proteger al patrimonio de los administradores para poder hacer efectiva una posible responsabilidad concursal, al menos se hubiera incurrido en una situación paradójica en la responsabilidad civil procedente de conductas no constitutivas de delito y en una situación inaceptable en la responsabilidad civil derivada de delito. Así, si en una supuesta regulación impeditiva del ejercicio procesal de los derechos subjetivos de los acreedores o socios por el importe del daño imputable al administrador, en el ejercicio de sus funciones orgánicas, se hubiese impedido a aquellos reclamar a estos últimos, por la declaración de concurso de la sociedad concursada, responsable solidaria, se provocaría una situación contraria al fin perseguido por la propia responsabilidad solidaria de la sociedad. Si sólo respondiera

---

<sup>884</sup> ALONSO UREBA, A., “La responsabilidad concursal de los administradores de una sociedad de capital en situación concursal”, ...cit., p. 560. En contra de considerar la *par condicio creditorum* como argumento para esta subordinación de la acción individual porque quién está en concurso es la sociedad y no los administradores ESTEBAN VELASCO, G., “La acción individual de responsabilidad...cit., p. 246 y ss..

<sup>885</sup> QUIJANO GÓNZALEZ, J., “La responsabilidad societaria en el seno del concurso: Marco de relaciones con la responsabilidad concursal...cit., p. 437; en un sentido similar MARÍN DE LA BÁRCENA, F., “Reformas en materia de calificación concursal... p. 4.

civilmente el administrador, el acreedor o el socio podría reclamarle la indemnización por daños, pero si además responde la sociedad (lo haga con carácter vicario o por culpa *in vigilando/in eligendo*), como patrimonio de garantía de la obligación de aquél por haber causado el daño en el marco de la relación orgánica, no podría reclamar al primero, del que dimana la obligación de la segunda. Ello, conllevaría que habiendo más responsables, en protección del acreedor, habría menos posibilidades de hacer efectiva la responsabilidad.

Ahora bien, si los daños le son imputados al administrador al cometer un ilícito penal, en virtud de la responsabilidad civil subsidiaria ex art. 120 CP de la sociedad concursada –salvo que la propia sociedad responda penalmente como persona jurídica y consiguientemente como autora responda también civilmente ex art. 116.3 en relación con el art. 31 bis, ambos del CP- y en relación con el art. 87.5 LC, al no poderse hacer efectivo con la sociedad concursada el crédito “sin la previa excusión del patrimonio del deudor principal” –que sería el administrador como autor del tipo penal-, el crédito se reconocería como contingente hasta acreditar que se había agotado la excusión, lo cual no se podría acreditar hasta la finalización del concurso y la revitalización de la acción procesal para reclamar el daño imputable al administrador. Así, si la sociedad, responsable subsidiario, es declarada en concurso, el acreedor ni puede reclamar a aquel ni a ésta hasta que el concurso concluya. Con ello, ni tan siquiera en la responsabilidad concursal el acreedor o socio podría hacer efectiva su responsabilidad, al ser y seguir siendo el crédito de carácter contingente, lo cual es una reducción al absurdo no puede aceptarse. Y mucho menos por el hecho de que quién sea declarada en concurso sea la responsable subsidiaria y no el responsable principal.

En todo caso, es verdad que la responsabilidad de los administradores por daños frente a los acreedores o los socios supone también un obvio vaciamiento del patrimonio del administrador, reduciendo también las posibilidades de hacer efectiva la posible condena a pagar el déficit resultado de la fase de calificación o que el pago a un acreedor, en su caso, por parte del administrador, por los daños que este le ha producido en el ejercicio de sus funciones como órgano, puede suponer la extinción de un crédito que en todo caso se tiene frente a la sociedad, porque ésta fuera responsable frente al tercero en virtud de haberse causado el daño en el marco del funcionamiento de su estructura orgánica. Los argumentos son los mismos que en el caso de la

responsabilidad por deudas, con la diferencia sustancial de que en la responsabilidad por daños, si la sociedad responde por actuaciones de sus órganos, el pago del administrador puede extinguir el crédito frente a la sociedad si esta respondía por hechos ajenos cuyos efectos se integran en la organización de la que la persona jurídica es titular, mientras que en el caso de la responsabilidad por deudas, si el administrador paga, el crédito nunca se extingue, subrogándose en el mismo frente a la sociedad, alterando la clasificación del mismo como subordinado, al tener especial relación con la concursada ex arts. 92.5º y 93.2.2º LC, como ya se había afirmado<sup>886</sup> y vino a reconocer expresamente la LRLC en el art. 97.4.3. LC. En ambos casos, la posición del resto de acreedores de la concursada se mejora (o bien se extingue el crédito o bien se subordina), y en ambos casos el patrimonio del administrador se perjudica con el pago a los acreedores, frente a una posible ejecución de la responsabilidad por déficit. Pero la solución no era la de desactivar las dos acciones sino la de mantener la legitimidad plena para su ejercicio al margen del concurso.

### **C. La responsabilidad por deudas durante el concurso.**

La LRLC introdujo una modificación sustancial en la coordinación de estas acciones con la responsabilidad concursal al establecer la obligación de los jueces de lo mercantil, desde que se declare el concurso y hasta que concluya, de no admitir a trámite las demandas (art. 50.2 LC), o suspender los procedimientos ya iniciados (art. 51 bis.1 LC), en los que se ejerciten acciones de reclamación de deudas sociales contra los administradores de las sociedades de capital concursadas, dimanantes del incumplimiento de los deberes de promover la disolución societaria, ex art. 367 LSC. Esta norma fue reiteradamente requerida ante la consideración de que existía una descoordinación en las acciones de responsabilidad frente a los administradores. Los argumentos en los que justificar tal demanda han sido teleológicamente disímiles, pero, a nuestro juicio, insuficientes para la adopción de la referida norma. Se ha defendido la incompatibilidad de esta acción con el concurso de la sociedad puesto que supondría una ruptura de la *par condicio creditorum* al ver el acreedor satisfecho su crédito al margen del concurso, además de que también serviría para vaciar el patrimonio del administrador haciendo inefectiva la responsabilidad concursal, en su caso. Antes de analizar si estos argumentos son válidos, y son satisfechos por la redacción vigente,

---

<sup>886</sup> BELTRÁN, E., “La responsabilidad de los administradores por obligaciones sociales...”, p. 291 y ss.

conviene recordar el régimen y fines de esta responsabilidad societaria, a fin de una mejor comprensión de lo que será la valoración que sobre las mismas hagamos con posterioridad.

En cuanto a su ámbito de delimitación objetivo, no podemos dejar de mencionar que dichas normas, al referirse en exclusiva a las sociedades de capital, han excluido de su ámbito, sin justificación alguna, a otro tipo de personas jurídicas, y entre ellas a las sociedades cooperativas sometidas a leyes autonómicas que, en algunos supuestos, prevén una regulación similar en materia de responsabilidad de los administradores por no promover la disolución de la sociedad existiendo determinadas causa disolutorias<sup>887</sup>. La omisión no se puede basar en la alegación de la competencia autonómica en la materia de derecho cooperativo, puesto que lo aquí regulado en una excepción, al régimen societario, prevista en la legislación concursal<sup>888</sup> que, de ser tan necesaria, como parece a ojos del legislador, debería haber generalizado a cualquier supuesto de responsabilidad por deudas de los miembros de órgano de administración de cualquier persona jurídica, porque de lo contrario se generan problemas de técnica legislativa.

Y en lo que respecta a la delimitación subjetiva de su ámbito, tampoco se entiende el porqué se ha de vetar el acceso a la tutela jurisdiccional, durante la tramitación del concurso, a los acreedores para interponer demandas por deudas sociales frente a aquellos administradores societarios que no pueden ser condenados a la responsabilidad concursal, porque fueron cesados en un plazo superior a los dos años anteriores a la declaración de concurso de la sociedad.

Desde luego, la norma supone un privilegio injustificado que plantea serias dudas desde un punto de vista de política jurídica. Los administradores responden, en su caso, por las deudas sociales ex art. 367 LSC, durante los cuatro años siguientes a su cese, ex art. 949 CCom. -dando por válido dicho plazo al entender no aplicable el previsto en el art. 241 bis<sup>889</sup>, que se refiere específicamente a la acción social y a la acción individual y no existir vacío legal ante la existencia del art. 949 CCom.-. Si el art.

---

<sup>887</sup> Así el art. 95 de la Ley 4/1999, de 30 de marzo, de Cooperativas de la Comunidad de Madrid establece la responsabilidad de los miembros del Consejo Rector por no cumplir con los deberes exigidos de promoción de la disolución societaria.

<sup>888</sup> La competencia es estatal tal y como refiere la D.F. Segunda de la LRLC, al amparo del art. 149.1.6ª CE.

<sup>889</sup> En contra MASAGUER, J., “Artículo 241 bis. Prescripción de las acciones de responsabilidad”, en VVAA, *Comentario de la Reforma del Régimen de las Sociedades de Capital en Materia de Gobierno Corporativo (Ley 31/2014)*, Juste Mencía (coord.), Cizur Menor (Navarra) 2015, p. 482

60.3 LC establece que desde la declaración de concurso y hasta la conclusión del mismo se interrumpía la prescripción de las acciones contra los administradores, podría entenderse que las acciones contra éstos por deudas sociales quedarían interrumpidas en su prescripción, por lo que el cesado con anterioridad a la declaración de concurso vería inaplicable el art. 949 CCom, y habría de esperar al transcurrir de los cuatro años siguientes a la conclusión del concurso ex art. 60.4 LC. El problema está en que parte de nuestra doctrina<sup>890</sup> entiende que ese plazo cuatrienal es de caducidad, en cuyo caso de obstaculizarse su ejercicio en vía judicial, el plazo correría a favor de los administradores. Producido el cese en el cargo, el plazo comenzaría y sólo se vería interrumpido por el ejercicio judicial de la acción, lo que al albur de la imposibilidad de hacerlo, ex art. 50 y 51 bis, no sería viable provocando la extinción de la responsabilidad del administrador por el transcurso del proceso concursal si en su caso, el administrador, no puede ser condenado en la fase de calificación a la responsabilidad concursal –por haber cesado antes de los dos años anteriores a la declaración del concurso-, ni ser perseguido a satisfacer las deudas sociales, ex art. 367 LSC, si el procedimiento concursal permite que la acción del acreedor no se ejercite.

La existencia de la responsabilidad por deudas, ex art. 367 LSC, como en su momento ya hubo ocasión de exponer, se fundamenta en el incumplimiento de los deberes impuestos a los administradores de las sociedades de capital en las que existan causas disolutorias para que promuevan la disolución de la sociedad –a través del acuerdo de la junta general o mediante la disolución judicial-, respondiendo de las deudas posteriores a la existencia de la causa disolutoria, cuando dicho deber no se ha cumplido. La causa disolutoria fundamental, pero no la única, que motiva dicha responsabilidad y que se suele conectar con el Derecho Concursal es la que consiste en la existencia de *“pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración del concurso”* (art. 363.1.d. LSC).

---

<sup>890</sup> BELTRÁN, E., “La responsabilidad de los administradores por obligaciones sociales” p. 250 y ss.

Esta causa disolutoria es un reflejo normativo de los principios ordenadores del capital social<sup>891</sup>, que tienen por función principal tutelar la existencia de un equilibrio patrimonial en torno a la cifra de capital estatutario y que son fundamento del régimen jurídico de las sociedades de capital. Ya se ha referido, en otras ocasiones<sup>892</sup>, que esta causa disolutoria no es una medida preconcursal –por muy numerosos que sean los supuestos en los que el desequilibrio patrimonial va ligado a la insolvencia-, ya que el actual presupuesto objetivo del concurso no exige un déficit patrimonial, sino una situación de incapacidad de satisfacción de las obligaciones exigibles por parte de la sociedad concursada. Esto puede acontecer no sólo en situaciones de superávit patrimonial, pero con patrimonio inferior a la mitad del capital social, sino en supuestos de un patrimonio neto muy superior al capital social, con unas reservas cuantiosas, en los que los activos no son fácilmente liquidables y no es, como demuestra la actual situación económica, posible la obtención de crédito. Incluso una sociedad que haya consumido casi todos sus recursos propios, y por lo tanto, pueda encontrarse en situación de pérdidas relevantes, no tiene porque llegar a una situación de insolvencia, si es capaz, aun existiendo causa disolutoria, de obtener crédito o generar un adecuado cash-flow y evitar una situación de fondos irrealizables que le avocaran a la insolvencia. Aún sin desplazarnos del Derecho de Sociedades y en un análisis de las soluciones que nos habilita, sin afectación patrimonial, y sin inclusión o extinción de activos y pasivos respectivamente, basta en una relación de desequilibrio patrimonio neto/capital social, presupuesto de la causa disolutoria, modificar el denominador, obviamente si hay margen y no estamos con un capital social mínimo, y reducir el capital social evitando con ello dicho presupuesto.

No podemos olvidar que la responsabilidad de los administradores ex art. 367 LSC (antiguos 262.5 LSA y 105.4 LSRL), desde la modificación de la norma llevada a cabo en 2005<sup>893</sup>, es única y exclusivamente por las deudas societarias posteriores a la existencia de la causa disolutoria, y ésta no se da si existe insolvencia actual, tal y como se expresa la norma desde que la causa disolutoria por pérdidas relevantes fuera

---

<sup>891</sup> Ver por todos, MENÉNDEZ, A. Y VAQUERIZO ALONSO, A., “Comentario al artículo 1”, Uría, R., Menéndez, A. y Olivencia, M., *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, Cizur Menor (Navarra) 2007, tomo III, p. 74 y ss.

<sup>892</sup> MUÑOZ GARCÍA, A., “La causa disolutoria por pérdidas graves en las sociedades de capital, tras las últimas modificaciones normativas aprobadas por la Ley 16/2007, de 4 de julio y el Real Decreto Ley 10/2008, de 12 de diciembre”, en *RDM*, núm. 270, octubre-diciembre 2008, p. 1435 y ss.

<sup>893</sup> D.F. Primera y D.F. Segunda de la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España.

modificada por la propia LC en 2003. Por lo tanto, la causa disolutoria por pérdidas graves queda enervada en el mismo momento en el que aparece la insolvencia actual, puesto que en ese momento sólo hay un deber que cumplir, la solicitud del concurso y así lo dice expresamente la norma ya que la sociedad de capital deberá disolverse ante la existencia de pérdidas relevantes *“siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso”*. Y si existe la causa disolutoria, porque no haya insolvencia actual, sólo se llega a responder de aquellas obligaciones posteriores a la existencia de dicha causa disolutoria si no se cumplen los deberes en los plazos establecidos (art. 365 y ss. LSC). Si acaecida la causa disolutoria, incumplidos los deberes por los administradores, imputado dicho incumplimiento, no existe causa de justificación que legitime la no observancia de esos deberes, se efectúa la imputación subjetiva a aquellos y se contraen nuevas obligaciones sociales, el administrador responde solidariamente con la sociedad de su cumplimiento frente a los acreedores de la misma. Esta responsabilidad implica la facultad del acreedor de reclamar la obligación social a los propios administradores una vez se encuentren vencidas y no sean atendidas por la sociedad. Si la norma persigue fines tuitivos de las reglas del capital, y lo hace intentando doblegar la conducta del administrador reacio a cumplir sus deberes, no se entiende el porqué otros fines deben dejar sin aplicación aquella protección. Lo cual es más injustificable en el caso de las restantes causas disolutorias previstas ex art. 363 LSC, cuando la insolvencia de la sociedad ni tan siquiera las enerva.

Partiendo de lo dicho, hemos de establecer dos premisas fundamentales<sup>894</sup>: en el derecho vigente, no es posible que coincidan en el tiempo la causa disolutoria por pérdidas y la insolvencia actual, puesto que la segunda enerva la primera (art. 363.1.e LSC); y sólo hay responsabilidad por deudas de los administradores cuando lo que se incumplen son los deberes exigidos ante una causa disolutoria y no ante situaciones concursales, lo que conlleva que no sea posible una responsabilidad por la no solicitud del concurso en tiempo ante una insolvencia actual (con la insolvencia inminente no hay obligación de solicitud del concurso, ex art. 5 LC), ya que de lo que se responde es de las obligaciones posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución y no de las posteriores al acaecimiento de la situación de insolvencia.

---

<sup>894</sup> Un desarrollo de su fundamentación puede encontrarse en SEQUEIRA MARTÍN, A., SACRISTÁN BERGIA, F. Y MUÑOZ GARCÍA, A., “La relación entre el concurso y la situación de pérdidas patrimoniales graves como causa disolutoria en la Sociedad Anónima,...cit., p.. 1 y ss.



A la vista de la LRLC, esa responsabilidad parece que no puede hacerse efectiva mientras transcurre la tramitación del concurso de la sociedad y sólo cabría su ejercicio una vez concluya el mismo, al haberse prohibido a los jueces de lo mercantil admitir a trámite las demandas correspondientes, o al haber ordenado la suspensión de los procedimientos iniciados, tras la declaración de concurso. Es cierto que con ello se veta al acreedor esta vía para el cobro de sus créditos, limitando su satisfacción a la solución concursal, o esperar a que el mismo concluya para ejercitar su acción, pero esta solución no satisface las pretensiones legislativas como referimos a continuación.

En primer lugar, no hay ninguna norma procesal que atribuya, expresamente, la competencia objetiva de la materia relativa a la responsabilidad por las deudas sociales a ningún órgano jurisdiccional, salvo que se entienda, como se viene haciendo, que está comprendida en el marco del “derecho de sociedades mercantiles” que el art. 86 ter LOPJ atribuye a los juzgados de lo mercantil. Pero, en todo caso lo que no está resuelto definitivamente es la determinación del órgano jurisdiccional competente en las pretensión de acumulación de reclamación de cantidad frente a las sociedades de capital y frente a sus administradores como responsables solidarios<sup>895</sup>. Ha existido controversia jurisdiccional en la que se alzan resoluciones judiciales discrepantes entre la acumulación a favor de los juzgados de lo mercantil<sup>896</sup> y la acumulación a favor de los juzgados de primera instancia<sup>897</sup>.

En el texto derogado por la LRLC, se sometían las acciones por deudas frente a los administradores al juez del concurso, en caso de que la sociedad estuviera concursada, en virtud de la modificación que introdujo en la LC la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial, que añadió un nuevo apartado, el 7º, al artículo 8 LC, que conllevaba a que declarado el concurso el Juez del mismo tenía competencia exclusiva y excluyente sobre las demandas de los acreedores contra los administradores en relación con la responsabilidad por deudas. Por lo tanto, no cabía interponer reclamación alguna ante otro órgano jurisdiccional, ni dictado acto administrativo determinando la exigibilidad de esa obligación que no fuera en sede del propio juzgado de lo mercantil que conocía

---

<sup>895</sup> “ARROYO MARTÍNEZ, I., Y FRANCO ARIAS, J., “La competencia de los juzgados de lo mercantil en materia de responsabilidad civil de los administradores”, en *RDM*, núm. 259, enero-marzo 2006, p. 171 y ss.

<sup>896</sup> Entre otras el AAP Islas Baleares (Secc. 4ª) 42/2011, de 5 de abril.

<sup>897</sup> Entre otras la SAP Las Palmas (Secc. 4ª) 110/2010, de 4 de marzo.

del concurso de la sociedad. Obviamente, las interpuestas con anterioridad continuaban en sede del órgano que venía conociendo de ellas. Pero con la reforma introducida por la LRLC, en la que se prohibía a los jueces de lo mercantil admitir dichas demandas (art. 50.2), y se dejan en suspenso los procedimientos iniciados antes del concurso de la sociedad (art. 51.bis.1 LC), en que se hubieran ejercitados acciones de reclamación de obligaciones sociales contra los administradores de las sociedades de capital concursadas, derivadas del incumplimiento de los deberes exigibles en caso de causa disolutoria, se añadió una modificación del referido art. 8.7 LC, cuya redacción suprimió la competencia del juez del concurso en esta materia y que se ha justificado<sup>898</sup> en que si los jueces de lo mercantil ya no pueden admitir estas demandas durante el concurso pierde sentido la competencia del juez del concurso para conocer de las mismas.

El problema pudiera haber tenido cierta relevancia porque no es unánime que el juzgado de lo mercantil sea el competente para conocer de las demandas acumuladas con las de la sociedad y conociendo un juzgado de primera instancia, si lo consideramos competente, de las demandas acumuladas, cuando se declare el concurso, el procedimiento declarativo correspondiente continuará frente a la concursada (art. 51.1 LC) y frente a sus administradores. El mandato está taxativamente dirigido a los juzgados de lo mercantil sin que quepa hacer una interpretación laxa de la norma, ampliando su ámbito a los juzgados de primera instancia, a la vista del también novedoso apartado 50.3 LC cuyo mandato se dirige a los jueces de primera instancia, siendo, en todo caso, el art. 51.bis. apartados 1. y 2. LC un desarrollo del mandato del art. 50, apartados 3. y 4 LC, respectivamente, puesto que este ya se refiere a la suspensión de los procedimientos, sin hacer expresa referencia a órganos jurisdiccionales, que habrá que integrar con las normas contenidas en el art. 50 LC. No obstante, este problema se ha solventado, al menos de momento, a través de la STS (Pleno S. 1ª) 10.09.12<sup>899</sup> en la que se ha determinado que la acción ejercitada ante los juzgados de lo mercantil (por la responsabilidad de los administradores por las deudas societarias) tiene carácter principal respecto de la acción por incumplimiento frente a la sociedad.

---

<sup>898</sup>ARRIBAS HERNÁNDEZ, A., “La responsabilidad de los administradores y personas afectadas por la calificación”, en *RDCP* núm. 14 – 2011, p..

<sup>899</sup> Id Cendoj: 28079119912012100011

Por otro lado, el legislador concursal ha obviado que existen normas que legitiman, en determinados casos, a otros órganos, incluso administrativos, para la exigencia de esa responsabilidad, a los que siendo competentes para hacer efectiva la deuda societaria con cargo al administrador no se les ha dirigido mandato alguno. La Ley 52/2003 de 10 de diciembre, modificó el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, añadiendo el apartado 3 al artículo 15, determinando la responsabilidad por las deudas con la Seguridad Social a quienes “resulten responsables solidarios....por concurrir hechos, omisiones, negocios o actos jurídicos que determinen estas responsabilidades, en aplicación de cualquier norma con rango de Ley que se refiera o no excluya expresamente las obligaciones de Seguridad Social, o e pactos o convenios no contrarios a las Leyes”. Esta responsabilidad se declarará y exigirá mediante el procedimiento recaudatorio establecido en esta Ley y su normativa de desarrollo, que fue aprobado por Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social. En aplicación de dicha normativa se dictó el Criterio Técnico 61/2008 de 28 de julio de 2008 sobre derivación de responsabilidad a los administradores de sociedades mercantiles capitalistas (sic) en materia de deudas por cuotas a la Seguridad Social, que se ha modificado recientemente por el Criterio Técnico 89/2011 de 6 de junio de 2011. A través de esta norma y mediante un acta de liquidación por derivación de la responsabilidad del sujeto obligado al pago, al administrador le es exigible, si se acredita su responsabilidad, ex art. 367 LSC, el pago de las cuotas de la seguridad social de la sociedad concursada posteriores al acaecimiento de la causa disolutoria. Con la derogada redacción del art. 8.7º LC al menos, durante el concurso, el juez de lo mercantil tenía jurisdicción exclusiva y excluyente para conocer de la responsabilidad por deudas en estos supuesto, pero con el derecho vigente la aplicación de la norma referida legitima la exigencia de responsabilidad ex art. 367 LSC durante el concurso y al margen de él a los administradores de la sociedad concursada.

En todo caso, la pretendida medida de coordinación, vetando el acceso a la tutela de los juzgados de lo mercantil, no parece la más adecuada a los efectos de soslayar los efectos de dicha responsabilidad durante el concurso de la sociedad. Por un lado, y aún que puedan ser residuales, conviene hacer alusión a varios supuestos en los que la deuda

societaria puede verse satisfecha con cargo al patrimonio del administrador ex art. 367 LSC.

(i) Vencida la obligación social, aunque esta pudiera no ser perseguida judicialmente frente al administrador solidariamente responsable, por aplicación de la nueva regulación, nada obsta al acreedor a extinguir su crédito mediante el régimen de la compensación. Ambos, acreedor societario y administrador, pueden ser recíprocamente titulares de un crédito dinerario, vencido y exigible, procediendo el del acreedor del régimen del art. 367 LSC, puesto que si se prohíbe la admisión de la demanda donde se ejerciten acciones de reclamación de las obligaciones sociales, sólo puede ser porque las mismas corresponden a deudas dinerarias, vencidas, líquidas y exigibles, de conformidad con lo establecido en el art. 1196 CC, estando el acreedor y el administrador, por derecho propio ligados recíprocamente como acreedores y deudores y siempre que lo estén principalmente (la obligación del administrador lo es al configurarse como deudor solidario), la homogeneidad (ambas deudas sean dinerarias), que estén vencidas (de lo contrario no serían exigibles al administrador), que sean líquidas (la del administrador lo estará en el importe que deba la sociedad concursada) y que sean exigibles (la del administrador lo es si era exigible a la sociedad, con carácter previo al concurso). La exigibilidad no queda condicionada por el hecho de que la tutela no pueda ser obtenida a través de un juzgado de lo mercantil, en cuanto que la acción procesal cuyo ejercicio se veta, requiere del derecho subjetivo de crédito del demandante que a través de la pretensión procesal<sup>900</sup>, que constituye el objeto del proceso, cuyo inicio se manifiesta a través de la demanda, expresa su declaración de voluntad solicitando la actuación del órgano jurisdiccional frente al demandado, que en este caso sería de naturaleza condenatoria de la situación jurídica preexistente al ejercicio de la acción procesal (existencia del derecho subjetivo de crédito del acreedor frente al administrador societario).

El que se rechace, temporalmente, el ejercicio de la pretensión procesal, a través de la interposición de la demanda, no condiciona, reduce o extingue el derecho de crédito que en su caso tenga, de carácter vencido, líquido y exigible. Una cosa es la acción, legitimación para la exigencia de su derecho de crédito y otra muy distinta, la imposibilidad de acceder a la tutela judicial de ese derecho, mediante la suspensión

---

<sup>900</sup> GUASP, J. Y ARAGONESES, P., *Derecho Procesal Civil. Introducción y parte general*, Tomo I, Cizur Menor (Navarra) 2005, 7ª ed., p. 259 y ss.

temporal, durante el transcurso del proceso concursal, de las demandas que se instrumentalicen para ejercitar las pretensiones que las partes soliciten, que no son más que la acción y efecto de pretender una determinada tutela jurisdiccional<sup>901</sup>, que en nuestro supuesto obliga a no admitir las nuevas demandas y a suspender las ya interpuestas. Y es que no puede confundirse el derecho material cuyo cumplimiento se exige con la acción a través de la cual se hace efectiva la pretensión procesal a través de la cual se reclama un determinado resultado procesal y que no implica un derecho sino un acto<sup>902</sup> que es en realidad en lo que se traduce la pretensión procesal, puesto que el derecho se ejercita, o no, según se tenga, tutelando a través de la pretensión, a la que incluso se da cauce procesal aunque se carezca de aquel. El requisito de la exigibilidad viene referido a la dotación de una acción para exigir el cumplimiento de la obligación correspondiente, lo que ha de interpretarse en el marco del derecho patrimonial que excepcionalmente priva de dicha exigibilidad a obligaciones que aún reconociéndoles efectos jurídicos no permite exigir su pago (así, los supuestos de juegos de azar ex art 1798 CC. o de nulidad por causa torpe ex art 1306 CC) pero no cuando lo que se limita es el acceso a la tutela judicial o cuando habiendo accedido se acuerda suspender el procedimiento, porque este supuesto lo que hay es una afectación de la acción procesal y no del derecho subjetivo. Se estima que sólo se consideran no exigibles las obligaciones naturales, las deudas prescritas, los intereses no estipulados, las obligaciones inexistentes o nulas o aquellas relaciones sometidas a condición no cumplida<sup>903</sup>.

(ii) Por las mismas razones acabadas de exponer, el administrador puede, a la vista de una situación de posible responsabilidad concursal, ex art. 172 bis LC, abonar voluntariamente los créditos de los acreedores de la sociedad concursada de los que sea responsable ex art. 367 LSC subrogándose en el derecho de crédito de los mismos y vaciando su patrimonio de otros activos para afrontar la responsabilidad a la que pueda llegar a ser declarado en la sentencia de calificación, con el objetivo de beneficiar a determinados acreedores de la concursada que no cobrarían de lo reintegrado en la masa a resultas de la responsabilidad a la que debería hacer frente por la posición que aquellos ocupen en la clasificación crediticia o con cualquier otro objetivo (obligaciones

---

<sup>901</sup> DE LA OLIVA SANTOS, A. Y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, Madrid 2004, 3ª ed., p. 65.

<sup>902</sup> GUASP, J. Y ARAGONESES, P., *Derecho Procesal Civil...cit.*, p. 265 y ss.

<sup>903</sup> MORO ALMARAZ, Mª J., “Extinción de obligaciones”, en iustel.com .

morales, vinculación extrasocietaria con los acreedores, existencia de acreedores que utilizan gestores profesionales de cobro, etc.). Si frente a ello se nos alega que esos pagos quebrarían la *par condicio creditorum* en un supuesto concurso del administrador se estará obviando que, en su caso, el administrador no está declarado en concurso cuando cumple y que tiene sus propios acreedores, entre los que se encuentran los titulares de créditos contraídos por la sociedad con posterioridad a la causa disolutiva, y que dichos créditos vencidos, líquidos y exigibles, le obligan, por mucho que los acreedores no tengan acceso al proceso hasta concluir el concurso, a cumplir con los mismos y cuya insatisfacción pueden condicionar su propia situación de insolvencia. También se nos podría reprochar olvidar que esos pagos realizados “favoreciendo” a determinados acreedores podrían ser atacados por la vía de la acción de reintegración ex art. 71 LC, a lo que es posible responder que la acción revocatoria o pauliana no cabría en estos supuestos puesto que el administrador debe y cumple con la obligación vencida, eliminando con ello que el acto objeto de impugnación, en su caso, sea un acto fraudulento, realizado con el acreedor que ha cobrado, en el marco de un acuerdo con ánimo de defraudar, sin que pueda constituir el *consilium fraudis* exigido ex arts 1111, 1291 y 1295 CC.

En lo que respecta a la posible aplicación del art. 71 LC a los pagos efectuados por el administrador de créditos exigibles por determinados acreedores de la sociedad concursada a los que viene obligado ex art. 367 LSC, cabrían, en su caso, ser impugnados como cualquier otro pago por obligaciones exigibles que haya realizado en los dos años anteriores a su propia declaración de concurso, si es que ésta se produce. Y, si el administrador se limita a satisfacer los créditos de los acreedores a su vencimiento, parece que no será posible la acreditación del perjuicio, presupuesto de la reintegración concursal, al faltar la disminución del patrimonio del administrador, incluso aunque como perjuicio se incluyan los supuestos de ausencia de disminución del neto patrimonial del deudor en los que baste una ruptura del principio de paridad de trato<sup>904</sup> porque el pago al acreedor supone un aumento del patrimonio neto del deudor con un incremento del activo y la extinción del pasivo (el pago reduce el activo en su importe pero extingue simultáneamente el pasivo correspondiente al crédito que es debido, incorporando a su vez al patrimonio del administrador el crédito del que era titular el

---

<sup>904</sup> LEÓN SANZ, F. “Artículo 71. Acciones de reintegración”, en Rojo, A. y Beltrán, E. (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, Tomo I, Madrid 2004, p. 1307 y ss.

acreedor satisfecho contra la sociedad concursada). Téngase en cuenta que la lesión o perjuicio del patrimonio del administrador no se produce con el pago al acreedor sino con el nacimiento de la responsabilidad por deudas que nace ex lege, al contraer la obligación societaria, vigente la causa disolutoria e incumplidos los deberes de promoción de la disolución. Si el administrador, además, abona a todos los acreedores societarios, frente a los que sea responsable, a su vencimiento, se impediría hablar de trato de favor alguno.

(iii) Por otro lado, si el administrador mantiene un seguro que dé cobertura a la responsabilidad por deudas en la que pueda incurrir y aceptando, en su caso, la viabilidad de la acción directa ex art. 76 LCS -que evitaría el ejercicio procesal de la acción en sede de los juzgados de lo mercantil-, debe tenerse en cuenta que la misma se ejercitaría ante los juzgados de primera instancia, ante los cuáles el asegurador podrá ser condenado a abonar la indemnización al acreedor y éste verá extinguido su posición crediticia al producirse la subrogación del asegurador, ex art. 43 LCS, que será el nuevo acreedor en el concurso de la sociedad. Es cierto que, en esos momentos, el patrimonio del administrador no se verá mermado, ya que la cobertura del seguro lo ha evitado, pero también es cierto que el acreedor satisfecho, incluso subordinado, sí ha quebrado esa supuesta *par condicio creditorum* que se alega por los defensores de esta medida. Siendo, además, posible que el asegurador pueda repetir contra su propio asegurado -el administrador-, el pago realizado al acreedor, mediante un derecho que nacería *ex novo* con el pago, a través de la acción de repetición ex art. 76, in fine, LCS, lo que también sería materia de los juzgados de primera instancia. Todo ello, siempre que mantengamos la viabilidad de dicha acción directa en estos supuestos, lo que hasta el momento es posición dominante en nuestra doctrina<sup>905</sup>.

Acudiendo a la fundamentación de esta paralización de acciones por deudas (inadmisión de las demandas y suspensión de la interpuestas) que se basaría en la ruptura de la *par condicio creditorum* y en el vaciamiento del patrimonio del

---

<sup>905</sup> Por todos, IRIBARREN BLANCO, M., El seguro de responsabilidad civil de los administradores y altos directivos de sociedades de capital (D&O), Cizur Menor (Navarra) 2005, p.. 165 y ss; SACRISTÁN BERGIA, F., “La responsabilidad de los administradores por no promover la disolución en las sociedades de capital”, en *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, Guerra Martín, G. (dir.), Madrid 2011, p.. 268 y ss. acepta la cobertura pero condicionándola a la inclusión expresa en la póliza.

administrador ante una eventual responsabilidad concursal, se aprecian ciertos problemas de coordinación y satisfacción con los propósitos referidos.

En primer lugar, lo que hay que recordar es que quién está en concurso es la sociedad y es ahí donde debe aplicarse ese principio de la paridad de trato. No es un principio aplicable a otros sujetos que respondan con la concursada de manera solidaria, puesto que no hay posibilidad de derecho sustantivo, ni procesal, de declarar en concurso a otros sujetos. Así, ni es posible declarar en concurso a sujetos responsables de las deudas de una entidad concursada por el mero hecho del concurso de esta última y ni siquiera, aún declarados en concursos los propios administradores, conllevando la posibilidad de concursos conexos, las masas llegarían a integrarse, puesto que la tramitación se realizaría sin consolidación de masas (art. 25.ter.1 LC). Si lo que se pretende es que el acreedor satisfaga su crédito en sede del concurso de la sociedad evitando que con el pago del administrador se quiebre la comunidad de pérdidas, no se explica el porqué se mantienen otras responsabilidades solidarias de las deudas sociales como la del socio de la sociedad unipersonal que no inscribe esta cuando es sobrevenida en el plazo de seis meses (art. 14 LSC).

Menos adecuada parece la medida en relación con otras responsabilidades contraídas por los administradores. A lo que nos referimos es justamente a aquellos acreedores frente a los cuáles la responsabilidad por deudas de los administradores lo único que hace es perjudicarles desde el momento en que la sociedad no puede hacer frente a sus créditos. Se trata de acreedores que teniendo a la sociedad como deudora, pueden acudir al patrimonio del administrador a satisfacer sus créditos puesto que, negocialmente, estos últimos, han adquirido la posición de garantes, avalando o afianzando los mismos y si aquellos responden por deudas, deben compartir ese patrimonio con los acreedores a los que tutela el art. 367 LSC. Inexplicablemente, el legislador ha optado entre la fuente legal y la fuente negocial de las obligaciones, por tutelar con primacía, en este caso, a la segunda de ellas. El ordenamiento legitima que el acreedor societario pueda exigir al administrador garante, por asunción propia, toda su responsabilidad, aun a riesgo de vaciar su patrimonio en perjuicio del resto de acreedores societarios y con ello, deteriorar la *par condicio creditorum* –aunque el administrador no esté en concurso-, pero introduce obstáculos a que se haga efectiva la responsabilidad solidaria del administrador por las deudas sociales, cuando es el



ordenamiento fuente de esa responsabilidad. Si hay unos auténticos beneficiados del nuevo régimen (arts. 50.3 y 51.bis.1 LC) son los acreedores denominados “fuertes”, que pueden obtener, por su posición en la negociación con la sociedad y sus administradores, la garantía de que éstos cubrirán con su patrimonio lo que la sociedad no puede pagar a su vencimiento. Y si ellos pueden cobrar su crédito de los administradores, no se entiende porque no puede hacerse efectiva la responsabilidad por deudas, hasta la conclusión del concurso, por los acreedores correspondientes, cuando dicha responsabilidad nace *ex lege*, por el incumplimiento de deberes societarios, no concursales.

A ello se añade que si lo que se pretende es un trato concursal de todos los acreedores, tampoco se explica porque si el art. 50.2 LC impide iniciar nuevas demandas en sede de “Nuevos juicios declarativos” y el art. 51 bis obliga a dejar en suspenso si dichos procedimientos se hubiesen iniciado antes de la declaración concursal, en sede de “Suspensión de juicios declarativos pendientes”, no se ha regulado el destino de los procedimientos arbitrales en los que las partes pudieran verse inmersos, de existir, o que efectos producen las sentencias y laudos firmes en que haya condena del administrador a pagar a un acreedor societario, porque nuevamente ha de recordarse que el administrador no está declarado en concurso, y no le es aplicable el régimen previsto para el concurso en estos supuestos (arts. 53 LC). Del mismo modo, tampoco se ha previsto prohibición de admisión o suspensión de las ejecuciones en virtud de condenas a pagar la responsabilidad por deudas ex art. 367 LSC, ya que la LC sólo lo prevé para el inicio de ejecuciones contra el patrimonio del deudor (art. 55 LC), que además, a sensu contrario, no son competencia del juzgado de lo mercantil que conoce del concurso de la sociedad (art. 8. 3º LC).

Pero lo más confuso de la regulación efectuada es que nada se dice de las medidas cautelares ya adoptadas al tiempo de la declaración del concurso<sup>906</sup>. Es decir, embargado el patrimonio del administrador al haberse concedido la medida cautelar al tiempo de la demanda, la declaración del concurso de la sociedad no extingue dichas cautelas que se antepone, por su prioridad temporal al embargo preventivo que pudiera

---

<sup>906</sup> De este problema ya dio cuenta durante la tramitación parlamentaria de la LRLC GARCÍA-VILLARRUBIA, M., “Las acciones de responsabilidad de administradores de sociedades en concurso. El problema de su coordinación con el proceso concursal y la calificación concursal. Evolución normativa”, publicado en [www.uria.com](http://www.uria.com), visto en enero de 2012, p. 13.

preverse en el procedimiento concursal ex art. 48 ter LC. Existentes las medidas cautelares contra el patrimonio de la sociedad y suspendida la acción declarativa correspondiente (ex art. 51 bis.1 LC), si se dicta el embargo preventivo previsto para asegurar la responsabilidad concursal que en su caso proceda, esta última no podrá ejecutarse ante la existencia de las medidas cautelares correspondientes a la responsabilidad por deudas, que no podrán ser extinguidas (ya que el administrador no está en concurso) y no podrán hacerse tampoco efectivas por la suspensión del procedimiento declarativo (art. 51 bis. 1 LC), hasta la conclusión del concurso, lo que no podrá acontecer si existen responsabilidades concursales no satisfechas pero con bienes de titularidad de las personas afectadas susceptibles de ser realizados.

Sin perjuicio de la problemática que ofrece la brecha abierta a la tutela judicial del acreedor por obligaciones sociales, a este le queda siempre otra alternativa. Si el acreedor no tiene opción de ejercicio frente al administrador responsable ex art. 367 LSC y el juez del concurso acuerda la medida cautelar que tutela la eficacia de la responsabilidad por déficit ex art. 48 ter LC, aquel puede siempre, ante la existencia de un embargo generalizado o cualquier otro hecho externo que pudiera acreditar la insolvencia del propio administrador, solicitar el concurso de este último. Y lo puede hacer porque ostenta un crédito, acreditable en virtud de los presupuestos de la responsabilidad por deudas sociales, que además está vencido, es líquido y exigible. Y lo hará porque no tiene más alternativa que solicitar dicho concurso con el fin de satisfacer el crédito solidario del que es titular. A partir de ese momento, su crédito tendrá el privilegio general como acreedor instante (art. 91.7º, según redacción LRLC). De existir la insolvencia del administrador, que puede haber devenido del propio embargo acordado en el concurso de la sociedad concursada ex art. 48 ter LC, y proceder a declarar su concurso, el propio embargo, al que tanta tutela se le pretendía otorgar, quedará sin finalidad alguna, privando de cualquier garantía que la masa de la sociedad concursada pretendiera obtener a través de dicha medida. Pero, además, y aquí es donde se obvia la relatividad de dicha medida cautelar, la masa del concurso de la sociedad de capital concursada no es acreedora del administrador de cuyo concurso se trate, por el mero hecho de que el legislador haya permitido la referida cautelar.

La sentencia de calificación en la que se condena a la responsabilidad por déficit responde a una pretensión constitutiva por la que se pide del órgano jurisdiccional la

creación de una situación jurídica, por la que, en este caso, el juez de lo mercantil, produzca un estado jurídico que antes no existía<sup>907</sup>, frente a lo que acontece con las pretensiones de declaración en las que se insta el mero reconocimiento de una situación jurídica preexistente a la propia resolución jurisdiccional. El que, con independencia de qué tipo de pretensión procesal se trate, se inste la pretensión de condena, solicitando hacer pasar al condenado por la obligación que la propia resolución judicial declara o constituye no es óbice puesto que en todo caso, para la fase de ejecución, se necesita de la referida condena y no cabe una condena a responder por el déficit que se pudiera obtener al margen de la sentencia de calificación. Que esta resolución judicial responde a pretensiones constitutivas lo reafirma todo su contenido y el hecho más indicativo de ello es que, y en esto tiene que existir necesariamente acuerdo, que si no hay sentencia de calificación no cabe la inhabilitación del concursado en el procedimiento concursal y si aquella depende de la propia apertura de la fase de calificación, la que no se produce en todo caso, tendremos que aceptar que el administrador no está inhabilitado por realizar actos que pudieran acarrear inhabilitación sino que estará inhabilitado si así lo acuerda, y sólo si lo acuerda, la propia sentencia.

Podría oponerse a nuestra postura que una cosa es la inhabilitación, en la que se constituye un estado personal del afectado que no existía con carácter previo y otra cosa es que no existieran con carácter previo los créditos por responsabilidad por déficit que en su caso contenga como condena la sentencia de calificación. Habrá de aceptarse que, si bien se podría afirmar que la apertura de la fase de calificación no es un presupuesto de la condena sino requisito para su procedibilidad, la condena al déficit tiene un requisito que no se conocerá hasta que la misma sentencia de calificación se dicte pues no puede pronunciarse sobre las individuales cantidades de condena, que con la reforma ha de individualizar en cada condenado (art. 172.bis.1 párrafo 3º LC) lo que estará en función del propio déficit, el cual no vendrá determinado sólo por la liquidación que reflejará el sobrante crediticio no abonado, sino por la propia sentencia de calificación que extinguirá (reducción del déficit mediante extinción de pasivo y que constituye una situación jurídica no preexistente) los derechos que las personas afectadas o los cómplices tuvieran como acreedores concursales o de la masa; que condenará a devolver (reducción del déficit mediante aportación de activos constituyendo una relación jurídica nueva no preexistente) los bienes y derechos obtenidos indebidamente

---

<sup>907</sup> GUASP, J. Y ARAGONESES, P., *Derecho Procesal Civil...*cit., p. 267

del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa; así como a indemnizar los daños y perjuicios (reducción del déficit mediante la aportación de activos constituyendo una pretensión declarativa y de condena para los afectados autores del daño y una pretensión constitutiva y de condena para los cómplices, lo que se reitera y reafirma en el nuevo 172.3 LC, según redacción dada por la LRLC, que determina la condena a indemnizar a los cómplices que no tuvieran la condición de acreedores).

De todo lo anterior, se extrae la ausencia de condición de acreedor de la masa del concurso frente al administrador por la responsabilidad por déficit, hasta que la sentencia de calificación constituya dicha responsabilidad, lo que implica la imposibilidad de solicitar el concurso de aquel y deslegitimaría la comunicación de cualquier crédito en cuanto el mismo, mientras no se produzca la sentencia de calificación, no existe. Ello permite al acreedor por obligaciones sociales buscar, ante el embargo preventivo del art. 48 ter LC, su satisfacción a través del concurso del administrador, cuya satisfacción podría haber quedado a resguardo respetándole el ejercicio de las acciones procesales correspondientes.

La actual redacción de los arts. 50.2 y 51 bis. 1 LC supusieron una innovación pero no una mejora en la coordinación de las acciones frente a los administradores y mucho menos una tutela del alegado, indebidamente a nuestro juicio, principio de la *par condicio creditorum* de los acreedores en la sociedad concursada. La propia masa de acreedores no es acreedora del administrador, en virtud de la responsabilidad por déficit, hasta la sentencia de calificación, obviando que además el cobro del crédito societario satisfecho por el administrador ex art. 367 LSC no supone una extinción por pago o la constitución de privilegio alguno frente a la concursada —cuya masa es la única a la que se ha de someter a la *par condicio creditorum*— sino una novación subjetiva por subrogación del crédito, del acreedor al administrador, que de ser condenado en la sentencia de calificación le acarrea la inmediata extinción de estos créditos.

No hay ni puede haber ningún deterioro de la *par condicio creditorum*, puesto que el acreedor percibe el crédito de un deudor solidario, lo que se autoriza por la norma con carácter general (arts. 87.6, 87.7 y 97.4.3 LC, entre otros). Porque si un acreedor societario tiene a un deudor solidario o a un aval o fiador en el administrador y no se considera que su cobro a este último perjudique a la masa del concursado, no se entiende el porqué ha de estimarse perjudicial para aquella masa que la obligación

solidaria nazca no *ex voluntate* sino *ex lege*, salvo obviamente, que el que alega el perjuicio sea acreedor también del administrador, en cuyo caso el perjuicio dimana precisamente de tener que pujar con el aquel acreedor para satisfacer sus créditos con cargo al patrimonio del administrador responsable.

El argumento que pudiera ser aceptable, desde un punto de vista de tutela de la masa de acreedores de la sociedad, es el del vaciamiento del patrimonio del administrador a efectos de hacer efectiva, en su caso, la responsabilidad concursal. Sin perjuicio de ello, el mismo riesgo supone, también, el ejercicio de las acciones de los acreedores societarios contra el administrador, deudor solidario, aval o fiador de las deudas sociales, en cualquier otro caso, a lo que no se ha puesto coto. Y por supuesto, sin olvidar que el administrador no concursado, tendrá sus propios acreedores, en virtud de cuya satisfacción podrá también vaciarse su patrimonio. En todo caso, y para evitar esa situación y poder hacer efectiva la responsabilidad concursal, en su caso, se prevé el embargo preventivo ex art. 48 ter, debido fundamentalmente al *periculum in mora*, con las limitaciones que el mismo tiene.

Si la responsabilidad por deudas sólo deviene cuando no hay insolvencia actual, tendrá su finalidad extraconcursal porque justamente cuando aparece la insolvencia actual se enerva la causa disolutoria. Dejar sin tutela jurisdiccional, en su caso, a estas acciones, supone dejar sin efecto los mecanismos previstos por el legislador para conseguir una conducta cumplidora de los deberes de promoción de la disolución previstos en el Derecho de Sociedades<sup>908</sup>. Y si en realidad, la responsabilidad a la que puede ser compelido el administrador en estos supuestos sólo se hará efectiva cuando la sociedad no abone sus deudas, el enervar estas consecuencias cuando el incumplimiento es generalizado hacer perder a aquella responsabilidad su función principal. Porque este tratamiento supone una valoración crediticia similar para los acreedores societarios, cuyos créditos se devengaron en situación de equilibrio patrimonial, con los acreedores, cuyos créditos nacieron en situación de quiebra de las reglas de tutela del capital, y es la necesidad de impedir ese trato similar lo que fundamenta la responsabilidad por deudas, siendo despreciado por el legislador concursal.

---

<sup>908</sup> SACRISTÁN BERGIA, F., “La responsabilidad de los administradores por no promover la disolución en las sociedades de capital ...cit., p. 246, califica a esta responsabilidad de instrumento coactivo para garantizar el cumplimiento del régimen previsto para la disolución

En relación con el posible problema de coordinación existente entre las acciones de los acreedores por obligaciones sociales y la responsabilidad por déficit, hemos de recordar que al acreedor del administrador, al que se le excluye de la vía judicial, al menos en sede de juzgados de lo mercantil, y que no hubiera obtenido la adopción de medidas cautelares con anterioridad a la declaración de concurso, y en espera de la buena voluntad del administrador que decidiera abonarle su crédito, subrogándose en el mismo, sólo le quedaría esperar a la fase de calificación, en la que le pueda corresponder una satisfacción total o parcial de su crédito a través de la responsabilidad por déficit Y, al menos, si dicha fase no terminara en condena por déficit (y aunque terminara, no necesariamente dicho acreedor tiene que beneficiarse necesariamente si no hay condena suficiente y eficiente de los administradores para llegar a satisfacer el rango en el que se localice el crédito correspondiente), a que el concurso concluya con el fin de poder ejercitar sus acciones procesales, contra los administradores responsables solidarios de las obligaciones sociales de las que pueda ser titular. Obviamente, escasos incentivos reciben estos acreedores a un convenio que, además de evitar la responsabilidad por déficit, conlleve un retraso en el ejercicio de sus acciones por obligaciones sociales que no podrá ejercitar hasta que dicho convenio se cumpla y se dicte el auto de conclusión del concurso, o hasta que, lo que será peor, se incumpla y se concluya el concurso tras la liquidación. Ante ello, su postura lógica será rechazar cualquier convenio en el que no obtengan una suficiente satisfacción, especialmente si los administradores son solventes y puede obtener, vía acción por obligaciones sociales, el remanente de su crédito inicial reducido, en su caso, por la quita acordada en el referido convenio, de ser aprobado. Recordemos que el acreedor no vota a favor, no le será oponible el contenido de dicho convenio frente a los deudores solidarios de su crédito (ex art. 135.1 LC)<sup>909</sup>, mientras que si lo hace, además de entorpecer su acción frente al administrador al favorecer la aprobación del convenio, y con ello el retraso a la conclusión del concurso, se vería afectado, también frente a los administradores, por la quita acordada ex art. 135.2 LC.

No puede obviarse que la exclusión de la tutela judicial de estos acreedores, en sede de juzgados de lo mercantiles, se efectúa desde la declaración de concurso hasta la conclusión del mismo, incluso aunque se hubiera aprobado un convenio, lo que impide

---

<sup>909</sup> Sobre esta cuestión puede verse nuestro trabajo MUÑOZ GARCÍA, A., “La responsabilidad civil preconcursal de los administradores en las sociedades de capital. Efectos del convenio concursal societario”, en *RdS*, núm. 28, 2007, p. 183 y ss.

la exigencia de la responsabilidad concursal salvo que aquél termine siendo incumplido (art. 172 bis.1 en relación con el art. 143.1.5, ambos de la LC). A pesar de que se haya aprobado el convenio, y los efectos novatorios del mismo, los acreedores que no hayan votado a favor quedan legitimados para ejercitar sus acciones contra los obligados solidarios, avalistas y fiadores (art. 135.1 LC) los cuáles “no podrán invocar ni la aprobación ni los efectos del convenio en perjuicio de aquéllos”. Frente a esta situación, sólo los administradores, en virtud de su posición de deudores solidarios de la sociedad concursada ex art. 367 LSC, no podrán ser perseguidos hasta tanto no sea cumplido en su integridad el convenio y concluido el concurso, pero sí responderán frente a cualquier otra responsabilidad, que se hayan visto abocados a asumir, respecto de determinados acreedores para que el convenio, en su caso, fuera aprobado, ex art. 135.2, in fine LC.

La mayor fragilidad de esta medida es que el acreedor, ex art. 367 LSC, no pueda ejercitar sus acciones, aún aprobado el convenio, justificándolo por un lado, en base al argumento de la tutela de la *par condicio creditorum*, cuando el art. 135.1 LC sí lo permite expresamente en todos los restantes supuestos de responsabilidad solidaria de otros sujetos no concursados, si el acreedor no ha votado favorablemente al convenio; y por otro lado, y con el supuesto fin de evitar el vaciamiento del patrimonio de los administradores a efectos de una potencial responsabilidad concursal, cuando en ese momento el embargo preventivo pierde uno de sus presupuestos, como es que “resulte fundada la posibilidad de que en la sentencia de calificación las personas a las que afecte el embargo sean condenadas a la cobertura del déficit resultante de la liquidación en los términos previstos en esta Ley” (art. 48.ter.1. LC). Aprobado el convenio, deja de resultar fundada la posibilidad de que haya déficit, porque no hay posibilidad fundada de que el convenio se incumpla y se termine en liquidación<sup>910</sup>. Es decir, aprobado el convenio, procede levantar el embargo preventivo frente a los administradores societarios y, sin embargo, no se permite la continuación de las acciones judiciales para reclamarles como deudores solidarios ex art. 367 LSC, sin que haya argumento alguno en el que sostener esa limitación en el ejercicio de los derechos que el ordenamiento jurídico les ha reconocido.

---

<sup>910</sup> BELTRÁN, E., “Artículo 48. Efectos sobre el deudor persona jurídica”, en Rojo, A. y Beltrán, E., *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid 2004, tomo I, p. 978

## CONCLUSIONES.

### PRELIMINAR

Nuestro trabajo se ha estructurado en dos partes. En una primera parte hemos elaborado unas estructuras de imputación de la responsabilidad, que permitan subsumir supuestos específicos, como el de las distintas responsabilidades de los administradores de las sociedades de capital, que hemos analizado en la segunda parte. En este sentido, la primera parte nos ha permitido partir de las bases fundamentales y, ampliamente reconocidas, del Derecho Sancionador, en especial del Derecho Penal. Sus categorías de imputación: tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad nos dan acceso a contrastar sus construcciones dogmáticas con los elementos que hemos considerado esenciales en la responsabilidad civil, facilitando su estudio crítico. Así, hemos identificado, en la responsabilidad por daños, unos elementos esenciales y una estructura sostenida sobre el daño, la imputación jurídica (rechazando la imputación objetiva traída del Derecho Penal), la antijuridicidad y, donde sea requisito, la culpabilidad, alojando en esta última sede la negligencia y la imputabilidad, de ser exigida. Así mismo, y apropiándonos de la teoría del Derecho Penal, hemos tratado de elaborar una construcción dogmática sobre la imputación a las omisiones en la Responsabilidad Civil. Con estas estructuras, consecuencia del trabajo desarrollado en la primera parte, hemos analizado, para integrar en su estructura de responsabilidad, los supuestos previstos, en nuestro ordenamiento, para las responsabilidades de los administradores societarios. Así, se han estudiado las responsabilidades indemnizatorias (arts. 236 y ss. LSC), sobre las que se ha realizado alguna revisión derivada de la estructura aceptada en la primera parte. También se ha examinado la responsabilidad por deudas (art. 367 LSC) determinando, tras su análisis, que estamos ante una categoría normativa que no se corresponde ni con la responsabilidad civil ni con una responsabilidad sancionadora, ya que tiene una naturaleza coercitiva. Por último, se ha llevado a cabo un examen de la responsabilidad concursal (art. 172 bis LC), tras cuyo estudio de sus elementos fundamentales, y la caracterización del déficit, nos ha llevado a afirmar su naturaleza sancionadora, a pesar de su carácter jurídico-privado, puesto que la misma se configura en torno a los ilícitos concursales y se sostiene sobre una estructura de imputación de evidente desvalor de la conducta de quienes, como los



administradores, ostentan una determinada relación con el interés jurídico protegido que es la solvencia de la sociedad.

En virtud de lo dicho, realizamos 35 conclusiones. De ellas las 16 primeras se corresponden con la primera de las partes y resaltan los términos más interesantes de nuestra construcción: funciones de la responsabilidad civil; la estructura de imputación en la responsabilidad civil; la indebida aplicación de la imputación objetiva, como construcción de desvalor de la conducta, en sede de responsabilidad indemnizatoria; el papel de la negligencia; la imputación por omisión ante los daños; y la exigencia de la antijuridicidad en toda responsabilidad indemnizatoria. Por otro lado, hemos elaborado 18 conclusiones, de la número 17 a la número 34, en relación con la segunda parte, destinadas a destacar lo más relevante de nuestro trabajo: el encaje de la responsabilidad indemnizatoria de los administradores en la teoría general propuesta; los presupuestos para la imputación de responsabilidad a los administradores por daños a terceros; la naturaleza de la responsabilidad por deudas; la determinación del régimen jurídico aplicable en la responsabilidad coercitiva; la estructura de imputación de la responsabilidad concursal frente a la responsabilidad por daños; la consideración del ilícito concursal como un ilícito especial en función de su ámbito subjetivo; la naturaleza del “déficit” y su caracterización frente al previo crédito indemnizatorio; la interpretación hermenéutica de los términos “podrá condenar”; o el régimen de aplicación en virtud de naturaleza atribuida a la responsabilidad concursal. Por último, hemos incluido una última conclusión, la número 35, en relación a la coordinación de las responsabilidades referidas, cuando la sociedad se encuentra en concurso.

## CONCLUSIONES DEFINITIVAS

### I.

La imposición de sanciones civiles tiene como soporte una estructura de imputación basada en las categorías del Derecho Sancionador jurídico-público. Por ello son esenciales la tipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad y la punibilidad. En

relación con la antijuridicidad, la existencia del consentimiento del ofendido sólo elimina la tipicidad si el interés a proteger con la imposición del deber que puede ser infringido y que motiva la sanción tiene que ser de su titularidad. Es por ello que, en los supuestos de sanciones civiles que impliquen la generación de un crédito para un tercero, distinto del titular del interés lesionado, el hecho de que el acreedor asuma los riesgos derivados de la infracción de la que dimana la sanción o el que renuncie a su derecho de crédito, no elimina la ilicitud de la conducta puesto que el deber violado, que justifica la sanción, no se exige en protección de un interés individual.

## II

En el Derecho Sancionador la función preventiva es el fin esencial para mantener el orden establecido y se logra a través del cauce punitivo de la pena, que recae sobre quien debió cumplir y no lo hizo. La sanción en el Derecho Penal sirve para postular y proteger un modelo de comportamiento deseado por el legislador puesto al servicio de la protección de determinados bienes jurídicos. La pena pretende reforzar el carácter motivador frente a la colectividad, en función del carácter garantista de autoprotección del sistema jurídico, pero en ambos casos su carácter está al servicio de la protección de los intereses a los que protege el ordenamiento.

## III

Dentro de las estructuras de imputación, que ofrece el Derecho Sancionador, en los tipos de resultado, en los que el resultado lesivo y su imputación a la acción confluye un elemento constitutivo de la infracción, la tipicidad ha acumulado, durante su evolución, un claro carácter subjetivo en su construcción. Ello implica que al traer el elemento subjetivo al tipo, desde la construcción finalista de la acción, no es necesario llegar a la culpabilidad para hacer el reproche sino que éste, al menos en cuanto a la

acción (el desvalor de la conducta), ya se produce desde el propio análisis del tipo, lo que implica una valoración y no una mera descripción neutra de sus elementos. En virtud de esta afirmación, la finalidad en el Derecho Sancionador utiliza el resultado típico como un elemento cuya imputación ya viene contagiada por el desvalor de la conducta.

#### IV

Históricamente, la responsabilidad civil ha estado ligada al Derecho Sancionador del que procede como alternativa a la imposición de la pena, implicando un desvalor de la conducta lesiva. La conexión institucional y funcional, entre ambas, se ha mantenido hasta la Codificación donde se produce una categorización de aquella como institución autónoma, si bien, se sigue requiriendo cierto desvalor de la conducta para la imputación de la responsabilidad, debido a la relevancia de la culpa con que se dota a todos los sistemas indemnizatorios.

#### V

Nuestro Código Civil incluye una cláusula de responsabilidad civil de carácter general, que implica la existencia de un deber de indemnizar todo daño causado, cuando hubiera culpa o negligencia. El que los términos del art. 1902 CC sean tan abiertos no implica un deber de indemnización de cualquier lesión que se produzca, debiendo determinarse cuáles son los daños susceptibles de reproche jurídico, en función de los intereses que el ordenamiento tutele en cada momento, ya que sólo aquellos sobre los que el sistema jurídico dispense algún tipo de protección tendrán relevancia para la tutela dispensada por la responsabilidad civil. Es por ello, por lo que hay que considerar que el art. 1902 CC se configura como una norma supletoria del resto del ordenamiento, dispensando una tutela básica frente a cualquier interés que sea lesionado, pero siempre que éste tenga alguna relevancia jurídica.

## VI

La responsabilidad civil, de índole indemnizatoria, no tiene una función meramente reparadora, sino una función tuitiva de intereses jurídico-privados a los que el ordenamiento dispensa protección. El hecho de que los considerados responsables deban indemnizar el daño que les haya sido imputado, no implica que la función sea indemnizar o reparar aquél, sino proteger los intereses, cuyo daño justifica la aplicación de las normas de Responsabilidad Civil.

A estos efectos, para dispensar la protección que persigue el ordenamiento con carácter básico y esencial, para todos los intereses con relevancia jurídica, se utilizan dos instrumentos. En primer lugar, *ex ante facto*, la amenaza de la condena a indemnizar que implica una prevención general sobre las conductas lesivas. Y en segundo lugar, si aquella prevención general no ha podido surtir sus efectos, la protección se despliega a favor del interés protegido, finalmente lesionado, a través de la reparación del daño que deriva de la condena a la indemnización. La reparación parte de una ficción jurídica por la que ordenamiento sustituye el valor del interés dañado mediante una indemnización, que genera un derecho de crédito a favor de la víctima. La prevención y la reparación son instrumentales para la protección otorgada por el ordenamiento, complementarias y, en virtud de la ficción jurídica referida, determinantes para la protección pretendida, dado que, en todo caso, previniendo o generando el derecho crédito indemnizatorio, el interés siempre resulta tutelado.

## VII

El fin del Análisis Económico del Derecho, de utilizar la responsabilidad civil como instrumentos de prevención de los costes derivados de lo que denominan “accidentes”, no es viable en nuestro ordenamiento. Afectar la conducta de los posibles causantes de efectos lesivos y generar incentivos a través de la condena indemnizatoria no depende, de *lege lata* del beneficio del causante, ni tampoco de los costes generados

para evitar el daño. La Responsabilidad Civil, cuyo objetivo es tutelar intereses jurídico-privados a través de la ficción jurídica de una restitución a cargo de quien no debió causar el daño, no puede ser manipulada y puesta al servicio de otros intereses sin una modificación muy sustancial de nuestro ordenamiento. El Análisis Económico del Derecho puede, como doctrina, estudiar los fenómenos económicos, incluyendo los costes derivados de los denominados “accidentes”, con el fin de maximizar los recursos disponibles. Pero, por el contrario no puede servir de criterio hermenéutico para la interpretación del Derecho sin una norma habilitante. En todo caso, para que pudiera ser utilizado como instrumento de análisis que guiara la aplicación del régimen de la Responsabilidad Civil, sería imprescindible someter esta institución a los fines de aquella doctrina y, tal y como hoy se configura el régimen de la imputación de la obligación indemnizatoria, no es posible salvo que modifique la función tuitiva de los intereses jurídicamente relevantes. De atender, como ortodoxia interpretativa, a la finalidad de maximización de los recursos, se reduciría el nivel de protección dispensado a las víctimas a través del sistema básico y esencial de la Responsabilidad Civil. Por ello, hemos de negar la existencia de una función preventiva de los costes de los “accidentes” que pueda justificar, de *lege lata*, una reinterpretación de nuestra regulación, que sólo podría justificarse en una maximización de la posición del causante, maximizando los costes de sus actividades lesivas, a través de la externalización a las víctimas de los costes de gestión de los riesgos que pueda generar. Esa función preventiva de los costes de los accidentes, que no de los efectos lesivos, sólo podría cumplirse a través de la exigencia de un mecanismo de protección de las actividades de riesgo, lesivas en potencia, para incentivar su realización. En este sentido, una función similar puede cumplirse a través del reconocimiento de la negligencia como presupuesto de la Responsabilidad civil. Para que pueda maximizar los recursos, en todo caso, la negligencia debe permitir que los costes lesivos sean siempre compensados por una generación de riqueza superior, derivada de la actividad que genera el daño pero se exonera de compensarlo.

Únicamente una norma puede generar incentivos, para una utilización eficiente de los recursos, si la asignación de los costes derivados de los riesgos lesivos se fundamenta en que, la actividad que gestiona esos riesgos, es generadora de una riqueza de índole superior al importe de los costes de los accidentes, siempre que incluya todos los costes que se producen. Para ello, debería procederse a una selección de causantes

que generaran la rentabilidad referida, lo que no se contempla, actualmente en ningún ordenamiento. En definitiva para utilizar la Responsabilidad Civil con funciones preventivas de ineficiencias económicas, asociadas a los “accidentes”, el criterio no sólo debe estar en los costes de estos sino en la riqueza neta que aporta. De *lege lata*, y no parece que sea inicialmente viable de lege ferenda, la función preventiva de costes no es asumible. Ello se corrobora en el papel de las posiciones de garante (quien debe proteger intereses de efectos lesivos), que el ordenamiento determina para favorecer una protección especial a determinados riesgos, que implican un sobre coste que no se justifica desde un punto de vista de reducción de consumo de recursos, sino precisamente en lo contrario, es decir, en la maximización de la tutela dispensada a esos intereses, a pesar de los costes que ello acarree. En estos supuestos, la utilización de la responsabilidad civil para forzar a otorgar una protección específica implica un efecto preventivo, no de los costes de los “accidentes”, sino de los “accidentes” en sí mismos. Lo relevante, según indica la atribución de la posición de garante, es la protección del interés, que es justamente la función de la Responsabilidad Civil que hemos afirmado.

## VIII

El daño a un interés protegido es un elemento esencial, como presupuesto ineludible, en la Responsabilidad Civil. En el Derecho Sancionador, y sólo en los ilícitos de resultado, la lesión de un bien jurídico se constituye en un elemento más del tipo, sin que sea el elemento que soporta la estructura de imputación. Por el contrario, la Responsabilidad Civil sólo reacciona ante un efecto lesivo en alguno de los intereses jurídicos a los que tutela. O hay daño o ningún análisis procede en esta sede, pero si se produce, por la existencia de la cláusula general y la función de protección, es suficiente para proceder a completar un examen de todos las categoría de imputación para alcanzar en su caso, a la condena a reparar aquél. Sin embargo, en el Derecho Sancionador, el principio de tipicidad limita la actuación del mecanismo punitivo y sólo procede el análisis correspondiente, con independencia de la lesión producida, si la conducta es susceptible, si se dan todos los elementos exigidos en el tipo, de ser considerada como ilícita. Es decir, la Responsabilidad Civil actúa ante el menoscabo de cualquier interés

protegido, el Derecho Sancionador sólo lo hace cuando la conducta (de resultado o de mera actividad) puede ser subsumida en un tipo previo.

## IX

En la Responsabilidad Civil el daño es presupuesto para la imposición de la condena a repararlo, delimitando ésta en función del efecto lesivo producido, porque la indemnización cumple la función tuitiva del interés protegido. En el Derecho Sancionador, el resultado típico previsto es ya un presupuesto para el tipo, condicionando su imputación al desvalor previo de la conducta a la que se imputa. El resultado típico no implica la condena a la pena, pero de acontecer finalmente esta, ninguna conexión tiene porque guardar con aquel resultado, cuya imposición podrá hacerse depender de múltiples factores, entre ellos, la gravedad de la lesión imputada en el bien jurídico protegido. La pena cumple una función punitiva de la conducta y por ello no tiene porque guardar relación de identidad con el resultado típicamente previsto.

## X

La función de la responsabilidad civil afirmada y la esencialidad del daño en la Responsabilidad Civil nos permite configurar una estructura de imputación de la responsabilidad que esté basada, secuencialmente, en las categorías correspondientes al el daño como lesión de un interés jurídicamente relevante, a la imputación jurídica del daño a un sujeto, a la antijuridicidad y a la culpabilidad (en la que se aloja la negligencia).

## XI

Constatada la existencia de un daño con relevancia jurídica, requiere ser imputarlo como siguiente paso a dar en el *iter* de la estructura de responsabilidad que se ha construido para imponer la responsabilidad indemnizatoria. La imputación se puede producir a una acción causal que controla el riesgo lesivo o a una omisión de un deber de evitar el daño. En el primero de los supuestos, la causalidad fáctica es una pauta inicial pero no suficiente. Los criterios de imputación objetiva que se vienen utilizando por la doctrina y la jurisprudencia, importados desde el Derecho Sancionador, no permiten cumplir los fines de la Responsabilidad Civil ya que la imputación del resultado requiere de un análisis previo y de un desvalor la acción de la que deriva el riesgo lesivo. Sólo si el riesgo no supera el estándar admitido, es relevante para proceder a la imputación del resultado. En la Responsabilidad Civil, no es relevante el desvalor de la acción para la imputación, porque ésta viene a determinar quién ha generado esa lesión para poder, posteriormente, enjuiciar si se procede a condenarle a indemnizar o no. La imputación en la Responsabilidad Civil se ha de realizar en función de la previsibilidad del daño y de la realización en éste del riesgo, que no necesita estar desvalorado ex ante, puesto que la infracción del deber objetivo de cuidado no es esencial para la estructura de imputación, como lo acreditan los supuestos de responsabilidad objetiva. Lo relevante es la protección del interés sujeto al riesgo de lesión y no el reproche a la conducta que controla ese riesgo.

## XII

En la Responsabilidad Civil, al igual que en el Derecho Sancionador, la omisión de un deber jurídico de actuar es también fuente de responsabilidad, si el obligado a actuar, sobre el que recae el deber exigible ostenta la denominada “posición de garante”. Debido a que para poder imputar, normativamente, algún resultado a una conducta omisiva, se exige la existencia de un deber previo, se requiere una estructura de imputación similar en ambas instituciones, cuya construcción se debe, de manera esencial al Derecho Penal. Ello implica la exigencia de una capacidad de actuación conforme a la norma y la esencial posición de garante de los intereses a los que se pretende otorgar protección. En la delimitación de la atribución de la condición de garante, hemos asumido la teoría de las funciones construida en la doctrina alemana,



clasificando esas posiciones en virtud de una posición del garante de intereses, cuando se atribuye la protección específica de unos determinados intereses frente a cualquier riesgo; y de una posición de garante de riesgos, cuando se atribuye la protección a cualquier interés de una lesión que procede una fuente de riesgo determinada. Aunque las estructuras de imputación en el Derecho Sancionador y en la Responsabilidad Civil son similares, debido a la finalidad de la protección de intereses de esta última institución, afirmamos que la omisión del deber ya se realiza y, por tanto implica la imputación del resultado si finalmente acontece porque el riesgo, aún lícito, termine realizándose en el daño. La función de tutela de intereses, incrementa el deber de protección y exige actuar cuando el riesgo, aún lícito y admitido, amenaza los intereses que justifican la atribución de la posición de garante.

### XIII

En la Responsabilidad Civil, al igual que en el Derecho Sancionador, la antijuridicidad es una categoría necesaria para la atribución de la condena prevista. La antijuridicidad pende del reproche del resultado que condiciona el desvalor de la acción causal y se condiciona en las normas primarias de prohibición que obligan a no dañar a todos los intereses jurídicos protegidos en ellas, derivadas de la existencia de la norma secundaria contenida en el art. 1902 CC y en todas aquellas normas que dispensan protección, en todo el ordenamiento jurídico, a esos intereses. Y en relación con las omisiones, la antijuridicidad se encuentra en la norma de mandato que exigen el deber de evitar el resultado lesivo. Por ello, se puede afirmar que en la Responsabilidad Civil no hay una norma primaria sino dos, una implícita en el art. 1902 CC, que prohíbe dañar intereses protegidos y otra, la que obliga (implícita en el art. 1902 CC y explícita en todos los deberes que generan posiciones de garante específicas) a actuar para evitar el daño. La antijuridicidad implica violar esas normas sin una causa de justificación. Las causas previstas en el Derecho Sancionador (legítima defensa, estado de necesidad, cumplimiento de un deber, ejercicio de un derecho o el consentimiento de la víctima) se aplican como instrumentos que permiten el efecto lesivo.

#### XIV

El consentimiento en el Derecho Sancionador opera fundamentalmente en sede de tipicidad, es decir cuando la actuación contra la voluntad del titular del bien jurídico protegido es un elemento del tipo o cuando el bien jurídico sea disponible por su titular. El consentimiento del titular del interés protegido es irrelevante para evitar la tipicidad o justificar el resultado previsto en el tipo cuando los bienes son de naturaleza colectiva o supraindividuales. En la Responsabilidad Civil, el consentimiento opera en todos aquellos casos en los que el sujeto, como titular del interés jurídicamente protegido (salvo que sean indisponibles), autoriza someter a determinados riesgos lesivos a aquellos intereses. En estos casos, incluyendo los supuestos de autopuesta en peligro de la víctima, se determina la imputación del daño a la víctima, al asumir el riesgo lesivo que se ha realizado en el daño.

#### XV

La culpa, como negligencia u omisión del deber objetivo de cuidado, es elemento del tipo en el Derecho Penal, en el que el desvalor de la conducta es presupuesto para la imputación del daño. En la Responsabilidad Civil, la negligencia no se encuentra en la norma de las conductas causales de lesión como instrumento para imputar el resultado. El daño, entendido como lesión del interés protegido, es un factor previo y presupuesto inicial de la imputación que se desarrolla bajo el parámetro de previsibilidad de ese resultado y de la existencia de un riesgo, no necesariamente ilícito, cuya realización en el daño implica la imputación a quien lo controlaba, si el resultado acaecido estaba entre los objetivamente previstos. Como la negligencia no es presupuesto para la imputación del resultado y todo daño es inicialmente antijurídico, salvo que esté justificado en función de las causas previstas en el ordenamiento, la negligencia traslada su posición a su lugar originario en las teorías causalistas, puesto que en la Responsabilidad Civil, a diferencia del Derecho Sancionador, la acción lesiva no tiene por qué revestirse de un carácter finalista o funcional, para ser desvalorada. Por ello, la negligencia opera en sede de culpabilidad, tras la antijuridicidad, permitiendo al diligente, cuando la culpa es

presupuesto en la imputación de la responsabilidad, exonerarse de ésta, impidiendo que se le condene al crédito indemnizatorio.

## XVII

Ya en relación con la responsabilidad de los administradores, el art 241 LSC es una norma de remisión al régimen general de la Responsabilidad Civil previsto en el art. 1902 CC, careciendo de mayor virtualidad respecto de los daños atribuidos por actuación directa del administrador. Por el contrario, el reconocimiento en sede societaria de un precepto como el art. 241 LSC es una norma constitutiva de la posición de garante del administrador frente a los intereses de socios y de terceros. En relación con estos últimos, el administrador se encuentra con una posición de garante de una fuente de riesgo determinada, derivada de la actividad externa de la sociedad (delimitada habitualmente en el marco de las actividades empresariales que desarrolle), frente a cualquier sujeto. En estos supuestos, al administrador se le plantea un conflicto de deberes (el que le obliga a proteger los intereses societarios y el derivado de la fuente de riesgo) lo que le permite omitir uno de ellos, de manera justificada, siempre que el ordenamiento no tutele de manera superior un deber en detrimento de otro.

## XVIII

En aquellos supuestos en los que la conducta de los administradores no es contraria a la Ley o a los Estatutos pero constituye un incumplimiento del deber de diligencia no se puede afirmar que su actuación sea conforme a Derecho si ha generado daños. Esa conducta no será sancionada pero tampoco está autorizada. Por ello, sólo la existencia de una causa de justificación legitimaría la actividad lesiva. La antijuridicidad no está sólo en la violación de la Ley o los Estatutos sino en la lesión de un interés para que el que no se está legitimado.

## XIX

La obstaculización de los efectos exoneradores que son referidos en el art. 236.2 LSC se justifican en la ausencia de validez del consentimiento de la Junta General, en virtud de la falta de disponibilidad de los intereses societarios frente a los administradores. La imputación seguirá su curso y si el daño es realización del riesgo que manejan los administradores, aunque derive del cumplimiento de una instrucción de gestión de la junta, el daño se les atribuirá.

## XX

Los administradores son quienes ostentan el control de la fuente de peligro “actividad societaria con efectos externos” que se concretará, en la mayoría de las ocasiones, en las actividades empresariales que comprenda el objeto social, son los administradores, lo que implica atribuirles posición de garantes frente a los terceros perjudicados. El deber de diligente empresario, conlleva la existencia de un deber extracontractual de tráfico que recae sobre los administradores y no ostentan otros sujetos en el marco de la actividad societaria, lo que deriva de la legitimación para introducir, delimitar, restringir, o excluir, los riesgos de las actividades societarias en el tráfico.

La estructura general de imputación por omisión nos permite afirmar que quien controla los riesgos de las actividades societarias es el órgano de administración, que es el que debe velar porque la fuente de riesgos que implica una explotación empresarial, por parte de la sociedad administrada, no cause daños a terceros. Son esos deberes los que deben cumplir porque tienen la capacidad de acción de hacerlo y ostentan la posición de garante, ya que se encuentran expresamente facultados para proteger cualquier interés que pueda verse afectado por la fuente de riesgos que controlan. No obstante, es posible configurar mecanismos de protección que de facto, impliquen una defensa a los administradores, mediante la creación de una organización de medios que haga equivalente la actuación debida a la realizada por terceros., siendo viable cumplir

el deber de garante mediante la actividad de terceros. En este sentido, hemos de recordar que la delegación de facultades (salvo aquellas que son indelegables) sí permite que los administradores habiliten situaciones que mantengan su capacidad de acción para el cumplimiento de sus deberes de protección y, es así posible, al evitar que sobre un administrador recaigan responsabilidades derivadas de riesgos físicamente incontrolables por él.

## XXI

El formular unas cuentas anuales conteniendo irregularidades que alteren la imagen fiel exigida y que terminen por provocar decisiones erróneas en inversores o financiadores (si este curso causal puede acreditarse), implica una imputación jurídica a los administradores, sin que sea necesario que exista dolo, para la imputación de la responsabilidad. Le bastará para exonerarse, como en el resto de sus obligaciones, la existencia de negligencia. Exigir dolo para la imputación implica, bajo nuestra construcción dogmática de la responsabilidad civil, afirmar que la elaboración de unas cuentas con incorrecciones relevantes para apreciar la imagen fiel, aún siendo una conducta ilícita y antijurídica, no puede derivar en responsabilidad exigible a un administrador porque él no quiso que aconteciera el efecto lesivo, aunque estaba obligado a evitarlo. No existe ninguna norma que permita esa “franquicia” de responsabilidad civil por la “negligencia”.

## XXII

En la Responsabilidad Civil, los riesgos para hacer responder a un garante, a diferencia del Derecho Sancionador, no tienen porqué ser ilícitos para que el garante tuviera ya que actuar y evitar el daño. Por ello, si la sociedad se sitúa inesperadamente, en una situación de insolvencia durante el tiempo en el que se está desarrollando una negociación sobre inversión o financiación, el administrador debe resolver esa situación

evitando el efecto lesivo para los terceros derivados de la existencia de unos datos económicos que no se corresponden con los inicialmente facilitados.

### XXIII

En relación con la responsabilidad de los administradores por las deudas sociales, prevista en el art. 367 LSC, no es predicable una interpretación de la norma en el sentido de aceptar que el administrador no responda si el tercero conocía- y, por tanto, entendemos que se presume que otorgó su consentimiento-, la existencia de la causa disolutoria correspondiente, en particular la derivada de la existencia de pérdidas graves, sin que se hubiera convocado la Junta o se hubiera solicitado la disolución judicial. La posible existencia de una causa de justificación de la conducta del administrador basada en el consentimiento del acreedor, no es aceptable por la irrelevancia de la existencia de deudas sociales para la tipicidad de la conducta exigida y por la irrelevancia del consentimiento del tercero en relación con la conducta debida.

### XXIV

La responsabilidad por deudas derivada del incumplimiento de los deberes de promoción de la disolución societaria no se puede residenciar en sede de punición de la conducta de los administradores, sino que estamos ante un instrumento que pretende la disolución efectiva de la misma, lo que implica, ante la estructura de imputación, afirmar que estamos ante una norma de naturaleza coercitiva para forzar a los administradores al cumplimiento de los deberes exigidos, cuando acontece la causa disolutoria que no opera *ipso iure*. La coerción no es una sanción. La coerción es punición con carácter instrumental para lograr, aún, el respeto del ordenamiento sin cumplir fines represivos.

### XXV

En las normas coercitivas, en teoría general, es posible un cumplimiento tardío, ya que si lo que se persigue no es el castigo sino el cumplimiento de la obligación, la pena coercitiva habrá conseguido su objetivo y ello conllevará la innecesaria imposición cuando ya se ha cumplimentado el mismo, aún tras el plazo otorgado para llevarlo a cabo. Sin embargo, en sede jurídico-privada, la patrimonialización de la deuda, frente al tercero que se beneficia de la coerción, al nacer un crédito a su favor, implica que sólo una mención expresa del ordenamiento en este sentido permite legitimar un efecto extintivo del cumplimiento tardío.

## XXVI

En relación con la responsabilidad concursal, tras la reforma, en 2014, del art. 172 bis LC, que ha incluido el inciso final en el apartado 1 de dicho precepto, por el que se establecía que se puede condenar, al déficit, “en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia”, aún cuando el Tribunal Supremo manifiesta que la naturaleza de la responsabilidad concursal es resarcitoria, entendemos que dicha responsabilidad no ha mutado su naturaleza sancionadora, al no alterarse sustancialmente su estructura de imputación. Sin embargo, la referida modificación ha implicado que ya no cabe la responsabilidad concursal por los denominados ilícitos de mera actividad y que el importe de la condena al déficit se determinará en virtud de la incidencia que la condena ha tenido en la generación o agravación de la insolvencia.

## XXVII

En la responsabilidad civil indemnizatoria, si el acreedor asume el riesgo de insolvencia o de agravación de la sociedad concursada, el administrador no podrá ser condenado a indemnizarle puesto que el resultado lesivo, que finalmente acontezca la

insolvencia y el daño en el crédito del acreedor, no es imputable al administrador. Sin embargo, ese consentimiento y la imputación del resultado lesivo al propio acreedor, no transforma la ilicitud, de los ilícitos concursales previstos en la LC, en conductas conforme a Derecho. Por ello, no es posible que el resultado “déficit” esté cubierto por el consentimiento de los acreedores o de la sociedad, impidiendo con ello, en su caso, la imputación de dicho resultado a los administradores, si son éstos los que han generado o agravado la insolvencia, por dolo o culpa grave.

## XXVIII

La condena al déficit implica hacer efectivos, con carácter previo, todos los activos societarios y que, posteriormente, resten pasivos sin abonarse. El déficit, por su propia naturaleza tiene como presupuesto el agotamiento de todos los bienes y derechos de la concursada, entre los que se encontrará, en su caso, el activo crediticio de naturaleza indemnizatoria derivado de los perjuicios que haya generado la insolvencia, como resultado imputado, en su caso, a los administradores. Si ese activo es preexistente al déficit, puesto que la obligación resarcitoria surge con la producción del daño, la condena al déficit únicamente puede derivarse si existe un desequilibrio patrimonial que parte de la realización de todos los activos. Por ello, no es viable considerar al déficit con carácter indemnizatorio si ya existe un crédito, de esa misma naturaleza y contra los mismos deudores, cuya realización es requisito para la existencia del desequilibrio patrimonial. Se puede condenar, en la calificación, a indemnizar por el importe de los daños sufridos por la sociedad, o los sufridos por los acreedores pero no se puede condenar al déficit, atribuyéndole naturaleza indemnizatoria, porque para la existencia de esa pena es requisito agotar, previamente, todos los derechos, incluyendo los indemnizatorios.

## XXIX



Condenar al déficit y dotarle de una naturaleza indemnizatoria, tiene una limitación, no justificada en el ámbito de los sujetos resarcidos, en cuanto que el déficit sólo contempla el aspecto del daño producido frente a terceros obviando el efecto lesivo a la propia sociedad. Condenar al déficit no busca reparar los daños societarios, al no computar el daño sino el importe debido pendiente de abono, lo que excluye el daño sufrido en el valor patrimonial neto y la consiguiente lesividad de los recursos propios, revirtiendo negativamente en el valor de la inversión de los socios. Si se condena al déficit como sustitutivo de la indemnización, se está limitando la reparación del daño generado e imputable, que no tiene porqué ser exclusivamente el importe del pasivo sino la merma patrimonial que pueda imputarse jurídicamente a la conducta del administrador, incluyendo todo el daño y no sólo un importe que, como máximo, satisfaga los intereses de los acreedores. Acudir a la condena al déficit, apartando, sustituyendo o postergando la acción social, ya implica un efecto lesivo para la propia concursada, al impedir la reparación de su patrimonio, que pudiera derivar del daño acontecido a raíz de la generación o agravación de la insolvencia. Liquidar la indemnización a través del déficit imposibilita la restitución del valor patrimonial societario de manera irreversible.

### XXX

El art. 164.1 LC establece un ilícito concursal de resultado. Hay unos autores determinados por la norma, como son los administradores, liquidadores de hecho y de derecho, apoderados generales, (todos ellos referidos a los que lo son y a los que lo han sido en los dos años anteriores a la declaración de concurso) y, desde la reforma de 2014, los socios. De forma que única y exclusivamente sólo ellos pueden ser autores de ese ilícito, sin que quepa ninguna otra autoría de este ilícito de resultado que sea relevante a los efectos de la fase de calificación. Por lo tanto, cualquier otro autor, que realizara una conducta inicialmente subsumible en ese ilícito, realiza una conducta atípica para la calificación concursal, pero que no implica que no haya de indemnizar los daños y perjuicios que le sean imputables. Al configurar el ilícito concursal como un ilícito especial, el fundamento ha de buscarse en la infracción de deberes especiales impuestos a determinadas personas, o en el acceso a ciertos intereses jurídicos a los que

se dispensa protección y por ello son susceptibles de ser lesionados, lo que acontece, en ambos casos, con los administradores societarios (tienen deberes especiales de protección y tienen pleno acceso al interés jurídico protegido con el ilícito concursal). La configuración del art. 164.1 LC, como un tipo especial de infracción, se justifica, respecto de aquéllos, en que tienen deberes especiales de tutela del patrimonio societario y de garantes frente a los acreedores de los riesgos derivados del ejercicio de la actividades que se comprenden en el objeto social, además de ostentar, debido a las facultades de gestión y representación orgánica, pleno acceso al patrimonio societario, con la absoluta capacidad de menoscabarlo. Esa configuración del ilícito concursal, delimita un especial reproche a los considerados autores, lo que justifica la imposición de un régimen represivo frente a otros que pudieran realizar la conducta ilícita, si bien cualquiera que genere o agrave la insolvencia, generando daños imputables y no se encuentre respaldado por una norma de cobertura, deberá indemnizar daños y perjuicios. Si además, realiza el ilícito concursal, tendrá que soportar un extra de desvalor y, por ello, la consecuencia jurídica expresamente prevista, que es la condena al déficit.

### XXXI

La utilización de la expresión “podrá condenar” en el marco de la norma que determina la responsabilidad concursal (art. 172 bis. 1 LC) implica, en todo caso, un permiso para la condena. Es una autorización dirigida al Juez, contenida en una norma secundaria, para que pueda condenar a los afectados. Como el permiso es condición necesaria para valorar, posteriormente, si existe una norma facultativa o una norma preceptiva, esto nos permite afirmar que, al existir el permiso en esta sede, sin incurrir en el supuesto previsto en el art. 172.bis LC no es posible la condena al déficit. Afirmado que el término “podrá” es utilizado normativamente en ese sentido, para autorizar la condena, frente a la prohibición que en cualquier otros supuestos deviene, ha de entenderse que la norma secundaria que permite al Juez condenar, preceptúa que lo haga si se cumplen los requisitos para ello, sin que le sea legítimo omitir la condena existiendo los elementos en los que ampararla.

### XXXII

En la Responsabilidad Concursal, la existencia o no de déficit no afecta ni altera la tipicidad de los ilícitos concursales, ni la antijuridicidad, ni la culpabilidad. La conducta se enjuicia, con independencia de que la sociedad pueda satisfacer tus créditos en el convenio o en la liquidación. Pero sin déficit no existe la consecuencia jurídica derivada del art. 172 bis LC. El déficit es independiente de la conducta del autor, prevista en el art. 164.1 LC, ya que se puede generar esta y concluir el concurso sin déficit, sin que por ello se reduzcan ni el desvalor de la conducta tipificada ni del resultado lesivo, la generación o agravación de la insolvencia. La existencia del déficit es un hecho incierto y futuro, que no ha podido ser controlado por el administrador que haya podido generar o agravar la insolvencia, por dolo o culpa grave, ya que, desde la declaración del concurso, pierde el control del riesgo de que la insolvencia se realice en déficit, muy particularmente si se ha acordado una suspensión de facultades. El déficit, en la imputación objetiva, no puede ser tenido en cuenta porque ese resultado no es en el que se realiza el riesgo, que se concreta en la insolvencia, generada por el administrador. Por ello, el déficit no es el resultado típico previsto en el art. 164.1 LC y, por esta razón, no puede conllevar una condena a indemnizar en base al déficit justificada en la imputación de un resultado distinto como es la insolvencia. El déficit es una condición objetiva para la punición, independiente de la voluntad del autor del ilícito concursal del art. 164.1 LC, cuya ausencia no reduce el desvalor de acción y de resultado pero sí impide la pena.

### XXXIII

Para la imposición de la condena al déficit, se requiere la condición de autor de la acción u omisión infractora que implica la conducta ilícita, que le sea imputable el resultado típico previsto generado por un riesgo, desvalorado por generarse por dolo o culpa grave, que la conducta sea antijurídica y que el infractor sea culpable, en su condición de sujeto imputable. No es posible, pues, la imposición de dicha sanción, con carácter solidario, salvo que existiera una norma expresa de cobertura que lo contemple, ya que debido a la función punitiva de la pena, la regla general es la individualización de la condena. Dado que en el art. 172 bis se exige la individualización de la condena a cada uno de los condenados, si cada obligación a abonar el déficit, parcial o totalmente,

se constituye con la resolución judicial por la que se acuerda la condena, no es posible configurar una única relación obligatoria entre la sociedad y los condenados, impidiendo, con ello, la aplicación de las reglas previstas para los supuestos de pluralidad de sujetos en la posición pasiva, en los que juegan las reglas de la solidaridad o la mancomunidad.

#### XXXIV

Los problemas de aplicación de la pena no deben afectar a la función de interpretación de las normas, porque la integración normativa es un *post* a la tarea de identificación del sentido de la institución normativa que ha de aplicarse. En este sentido, el art. 172. bis LC ha atribuido a los tribunales la facultad de condenar “total o parcialmente” al déficit patrimonial de una entidad concursada, sin contemplar criterios específicos para delimitar la concreción de la pena (más allá de la debida proporcionalidad entre la gravedad del resultado previsto en el ilícito concursal y la pena). Pero ese no es un problema de interpretación, sino de integración normativa, cuya resolución corresponde a aquellos que deben aplicar la norma, sin que pueda alterar el proceso de interpretación.

#### XXXV

Dado que la condena al déficit, ex art. 172 bis LC es una condena sancionadora, la acción social y su ejercicio no se ve afectado por la declaración concursal de la sociedad. Por el contrario, mientras exista un crédito indemnizatorio contra los administradores, realizable a través de la acción social ex arts. 238 y ss. LSC, no será exigible la condena al déficit que requiere el agotamiento de todos los créditos societarios. La acción individual no se ve afectada por el concurso de la sociedad y por ello, al carecerse de normas que lo impidan, puede ejercitarse en cualquier momento por los acreedores o los socios, reclamando el daño que hayan sufrido directamente en su patrimonio. Por último, la responsabilidad por deudas, ex art. 367 LSC, no puede

ejercitarse antes los juzgados de lo mercantil durante el concurso (arts. 50.2 y 51 bis. 1 LC). La suspensión de las acciones procesales, de los acreedores que pudieran ejercitarlas, beneficia a los acreedores que puedan verse satisfechos por la ejecución de la condena al déficit, pero también a los acreedores societarios que ostentan algún tipo de garantía negocial de los administradores afectados.

## BIBLIOGRAFÍA.

ABRAHAM, K., *The Forms and Functions of Tort Law*, New York 2012, 4ª ed

AGIRREAZKUENAGA, I., voz “Multa coercitiva (Dº Administrativo)”, en *EJB*, vol. III, Madrid 1995

ALBA FERNÁNDEZ, M. y RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., “Las Agencias de Rating como terceros de confianza: responsabilidad civil extracontractual y protección de la seguridad del tráfico”, en *RDBB*, núm. 120, octubre-diciembre 2010

ALBALADEJO, M. *Derecho Civil, II, Derecho de Obligaciones*, Barcelona 2002, 11ª ed., v. II

ALFARO ÁGUILA REAL, J., “La llamada acción individual de responsabilidad contra los administradores sociales”, en *RdS* núm. 18, 2002

ALFARO ÁGUILA REAL, J., La llamada acción individual de responsabilidad o responsabilidad “externa” de los administradores sociales” en *Indret.com* , enero 2007

ALFARO ÁGUILA-REAL J., “Business judgment rule: sesgo retrospectivo y antijuridicidad y culpabilidad de la conducta de los administradores”, en <http://derechomercantilesmana.blogspot.com.es/2015/02/business-judgment-rule-sesgo.html> <http://derechomercantilesmana.blogspot.com.es/2015/02/business-judgment-rule-sesgo.html> 25 de febrero de 2015.

ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Acción individual de responsabilidad contra administradores. El Tribunal Supremo persevera y amplía su erróneo análisis de la llamada acción individual de responsabilidad” en <http://derechomercantilesmana.blogspot.com.es/2014/06/accion-individual-de-responsabilidad.html> , 10 de junio de 2014.

ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “El riesgo de ser administrador y el Derecho de Sociedades”, disponible en <http://derechomercantilesmana.blogspot.com.es/2014/12/el-riesgo-de-ser-administrador-y-el.html> 31 de diciembre de 2014

ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Recensión a Ángel Rojo y Emilio Beltrán (directores), La responsabilidad de los administradores, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005 Recensión a Ángel Rojo y Emilio Beltrán (directores), La responsabilidad de los administradores, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005”, en *indret.com* mayo 2005

ALONSO ESPINOSA, F., *La Responsabilidad Civil del Administrador de Sociedad de Capital en sus elementos configuradores*, Cizur Menor (Navarra) 2006

ALONSO SOTO, R. “Responsabilidad civil y seguro”, en Pantaleón, F. (edic.) *La responsabilidad en el Derecho. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* 4 - 2000

ALONSO UREBA, “La responsabilidad concursal de los administradores de una sociedad de capital en situación concursal (art. 172.3 de la Ley Concursal y sus relaciones con las acciones societarias de responsabilidad), en *VVAA Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la Reforma Concursa*, Madrid 2003

ALONSO UREBA, “La responsabilidad de los administradores de una sociedad de capital en situación concursal (art. 171.3 del Anteproyecto de Ley Concursal y sus relaciones con las acciones societarias de responsabilidad)” en *VVAA. Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal*, Madrid 2002

ALONSO UREBA, A., “La 12ª Directiva comunitaria en materia de Sociedades relativa a la sociedad de capital unipersonal y su incidencia en el Derecho, doctrina y jurisprudencia española, con particular consideración en la RDGRN de 21 de junio de 1990”, en *VVAA. Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en Homenaje a José Girón Tena*, Madrid 1991

ALONSO UREBA, A., “La responsabilidad concursal del artículo 172 bis LC”, en *VVAA., El concurso de acreedores*, Pulgar Ezquerro (dir.), Madrid 2012

ALPA, G. y BESSONE, M., *La Responsabilità Civile*. Milano, 1976.

ANDRÉS SANTOS, F.J., “Comentario al art. 1888” en *VVAA., Comentarios al Código Civil*, Domínguez Luelmo, A. (Dir.), Valladolid 2010

Anteproyecto de Ley del Código Mercantil, de 30.05.14, disponible en <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292427025146?blobheader=application%2Fpdf&>

ARRIBAS HERNÁNDEZ, A., “La responsabilidad de los administradores y personas afectadas por la calificación”, en *RDCP* núm. 14 – 2011

ARROYO MARTÍNEZ, I., “El empresario de la navegación”, en *VVAA., Curso de Derecho Mercantil*, Uría, R., y Menéndez., A. (dirs.), Madrid 2001, tomo II, 1ª ed

ARROYO MARTÍNEZ, I., Y FRANCO ARIAS, J., “La competencia de los juzgados de lo mercantil en materia de responsabilidad civil de los administradores”, en *RDM*, núm. 259, enero-marzo 2006

ASÚA GONZÁLEZ, C.I., “La responsabilidad (I)”, en *Manual de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones. Responsabilidad civil. Teoría general de contrato*, Puig i Ferriol, Ll., Geste-Alonso y Caleera, M.C., Gil Rodríguez, J. y Hualde Sánchez, J.J. (dirs.), Madrid 2000, 3ª ed

BACIGALUPO, E., *Principios de Derecho Penal. Parte General*, Madrid 1998, 5º ed,

BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “De nuevo sobre la naturaleza de la responsabilidad concursal. (Comentario SAP Barcelona 23.4.2012. Ponente: Juan F. Garnica Martín)”, *RdS* núm. 39, 2012;

BELTRÁN, E., “Artículo 48. Efectos sobre el deudor persona jurídica”, en Rojo, A. y Beltrán, E., *Comentario de la Ley Concursal*, Tomo I, Madrid 2004

BELTRÁN, E., “La responsabilidad concursal”, en VVAA., *Insolvencia y Responsabilidad*, García Cruces (dir.), Cizur Menor (Navarra) 2012

BELTRÁN, E., *La Disolución de la Sociedad Anónima*, Madrid 1991

BELTRÁN, E.M., “La responsabilidad de los administradores por las deudas sociales”, en VVAA., *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, Rojo, A. y Beltrán, E., (dir.), Valencia, 2013, 5ª ed

BETTI, E., *Instituzioni di Diritto Romano*, I , 1989.

BOBBIO, N., “Sulla funzione promozionale del diritto”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, XXII, 4, 1969

BOBBIO, N., *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, 2007

BONET RAMON, Francisco. *Perspectivas de la responsabilidad civil. Estudio de Derecho Comparado*, Madrid 1975.

BOQUERA MATARREDONDA, J., “Artículo 129”, en VVAA. *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Arroyo, I. y Embid. J.M. (coords.), Madrid 1997

BOUSOÑO CALZÓN, C., HERAS MARTÍNEZ, A., TOLMOS RODRÍGUEZ PIÑERO, P., *Factores de riesgo y cálculos de primas mediante técnicas de aprendizaje*, Madrid 2008

BRUNS, A., Zwangsgeld zugunsten des Gläubigers – ein europäisches Zukunftsmodell?, ZP 118 (2005), 3

BUSNELLI, F.D., SCALFI, G., *Le pene private*, Milano 1985

BUSTOS PUECHE, J.E., “La antijuridicidad, presupuesto de la responsabilidad extracontractual”, en *La Ley*, 21 de septiembre de 2004

CALABRESI, G. y MELAMED, A.D., “Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral”, *Harvard Law Review*, april 1972, volumen 85, número 6, disponible en Yale Law School Scholarship Repository.

CALABRESI, G., *El coste de los accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*, trad. de Bisbal, J. de la edición en inglés de 1970, Barcelona 1984,

CALANDRILLO, S., “Penalizing Punitive Damages: Why the Supreme Court Needs a Lesson in Law and Economics”, en *The George Washington Law Review*, Vol 78 no. 4, june 2010



CAMPUZANO, A. B., “La responsabilidad de los administradores sociales de la persona jurídica concursada”, VVAA., *Problemas actuales del Concurso de Acreedores*, Sebastián Quetglas – Veiga Copo (dirs.), Cizur Menor (Navarra) 2014

CANARIS, C-W., en LARENZ, K. y CANARIS, C-W., *Lehrbuch des Schuldrechts. Bedonderer Teil*, tomo II, vol. 2, München 1994, 13ª ed.

CARRASCO PERERA, A., “Comentario a la STS (Sala 1ª) de 14 de diciembre de 1993, Propiedad intelectual. Derecho moral de autor. Indemnización del daño moral”, *CCJC* núm. 33

CASADO CASADO, B., “La responsabilidad legal de los administradores de las sociedades de capital, ¿un supuesto de sanción privada?”, en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 57, enero-marzo 2006

CASADO CASADO, B., *La Sanción Civil*, tesis publicada en CD, Málaga 2006

CASAS PLANES, Mª.D., “Reflexión acerca de la conexión estructural "daño-responsabilidad civil-obligación", y sus consecuencias en el régimen jurídico aplicable al criterio de imputación (en especial, la culpa civil)” en VVAA., *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albadalejo García*, vol. 1., Murcia 2004

CASAS PLANES, Mª.D., “La Función de la Responsabilidad Civil”, en *PDD* núm. 29, julio-agosto 2005

CASAS PLANES, Mª.D., “Responsabilidad civil y mecanismos colectivos de indemnización”, *PDD* 2005

CAVANILLAS MÚGICA, S., “Responsabilidad Civil (I): Supuestos”, en [www.iustel.com](http://www.iustel.com)

CAVANILLAS MÚGICA, S., “Responsabilidad por hechos ajenos”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 16, 2004

CERDÁ ALBERO, F., “La responsabilidad de los administradores sociales por el déficit concursal”, en VVAA., *Estudios de Derecho Mercantil. Liber Amicorum Profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá*, Valencia 2013.

COASE, R.H. "The Problem of Social Cost", 1960, *Journal of Law and Economics*". Traducción “El problema del Costo Social “, *Estudios Públicos* Nº 45, 1992.

COLEMAN, J., MENDLOW, G., "Theories of Tort Law", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2010 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <http://plato.stanford.edu/archives/fall2010/entries/tort-theories/>,

COLINO MEDIAVILLA, J., Préstamos participativos, en VVAA., *La Contratación Bancaria*, Sequeira, A., Gadea, E. y Sacristán, F. (dirs.) Madrid 2007

Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo, “Estudio sobre propuestas de modificaciones normativas”, Madrid, 14 de octubre de 2013

CONCEPCION RODRIGUEZ, J.L., Derecho de Daños, Barcelona, 1997

CORSARO, Luigi, “Culpa y responsabilidad civil: la evolución del sistema italiano”, en *Perfiles De La Responsabilidad Civil En El Nuevo Milenio*, Coordinador Juan Antonio Moreno Martínez. Madrid, 2000.

CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho Penal Español. Parte General*. Volumen II. Teoría del delito (2), Madrid 2009

DE ANGEL YAGÜEZ, R, Tratado de Responsabilidad Civil. Madrid 1993. 3ª ed.

DE ANGEL YAGÜEZ, R., *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*, Madrid 1995

DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., Causalidad en la Responsabilidad Extracontractual: sobre el arbitrio judicial, la “Imputación Objetiva” y otros extremos, Cizur Menor (Navarra), 2014

DE LA OLIVA SANTOS, A. Y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, Madrid 2004, 3ª ed.

DE STROBEL, D., L’Assicurazione di Responsabilità Civile, Milano 2004, 5ª ed

DELL’AQUILA, Enrico. Ensayo comparativo de los principios básicos de la responsabilidad extracontractual en el Derecho Inglés. REVISTA DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA. Julio 1986

DEMETRIO CRESPO, E., *Responsabilidad penal por omisión del empresario*, Madrid 2009

DESDENTADO BONETE, A., “Reflexiones sobre los accidentes de trabajo al hilo de algunas decisiones judiciales recientes”, en *XVI Jornadas Catalanas de Derecho Social. La responsabilidad laboral del empresario: siniestralidad laboral*. Febrero 2005. Se puede obtener en <http://www.uoc.edu/symposia/dretsosocial/index.html>

DÍEZ PICAZO, L. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Las relaciones obligatorias, II, Madrid 1996

DÍEZ PICAZO, L., GULLÓN BALLESTEROS, Sistema de Derecho Civil, vol. II. Madrid 2002, 9ª ed.,

DÍEZ SÁNCHEZ, J.J., “Las acciones de regreso contra autoridades y funcionarios públicos”, en *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Moreno Martínez, J.A. (coord.), Madrid 2007

DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños*, Madrid 1999

DÍEZ-PICAZO, L., *Experiencias jurídicas y teoría de derecho*, Civitas 1983

DOMAT, Les lois civiles dans l’ordre naturel, Iª parte, lib. III, tit V.

DREWS, B., WACKE G., VOGEL, K., MARTEN, W., *Gefahrenabwehr*,. 1986

EISENBERG, M.A., “The Divergence of Standards of Conduct and Standards of Review in Corporate Law”, *Fordham Law Review*, volumen 62, Issue 3, 1993, disponible en <http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3064&context=flr>

EIZAGUIRRE, J.M., *La Disolución de la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Navarra 2000.

ENNECCERUS, *Tratado de Derecho Civil*, Tomo Primero, Parte General, II , Segunda Parte, Traducción de la 39ª edición alemana por Pérez González – Alguer Barcelona 1981,

EPSTEIN, R., *Torts*, 1999

ESTEBAN VELASCO, G., “Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores frente a los socios y los terceros: acción individual y acción por no promoción o remoción de la disolución” en *Rds*, 1995, núm. 5

ESTEBAN VELASCO, G., “La acción individual de responsabilidad” en VVAA., *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, Rojo; Beltrán (dirs)., Valencia 2013, 5ª ed

ESTEBAN VELASCO, G., “La acción social y la acción individual de responsabilidad contra los administradores de las sociedades de capital” en *Estudios de derecho judicial*, nº 24, 1999

ESTEBAN VELASCO, G., “Acuerdos de la Junta General de socios de la sociedad limitada en asuntos de gestión y la responsabilidad de los administradores”, *RdS* 18, 2002

EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*, traducción coord. Por Martín-Casals, M., Cizur Menor (Navarra) 2008

FALCÓN Y TELLA, M.J. y FALCÓN Y TELLA, F., *Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar?*, Madrid 2005

FAURE M. and HARTLIEF, T., “Social Security versus Tort Law as Instruments to compensate Personal Injuries: A Dutch Law and Economics Perspective”, *The Impact of Social Security Law on Tort Law*, Magnus, U., (ed.), Wien 2003

FELDMAN, A.M., KIM, J., “The Hand Rule and United States v. Carroll Towing Co. Reconsidered” , Brown University, working paper n 2002-27, october 2002, disponible en [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=364102](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=364102)

FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “La responsabilidad concursal de los administradores de sociedades de capital, VVAA., *Comentarios a la Ley concursal* , Fernández de la Gándara-Sánchez Álvarez (coords ), Madrid 2004

FIGA FAURA, L., “Concepto de Sanción Jurídica”, en *Anales RAJL*, núm. 25, 1995

FUCHS, Deliktsrecht, Berlin 2001

GALLEGO, E. “La culpabilidad y la inhabilitación en el concurso de sociedades. La aplicación retroactiva de la Ley Concursal”, en *ADCo* 16, enero/2009

GALLEGO, E., “Responsabilidad de los administradores”, en *VVAA*., *Enciclopedia de Derecho Concursal*, tomo II, Cizur Menor (Navarra) 2012

GARCÍA CRUCES, J.A. “La Responsabilidad Concursal”, en *VVAA*., *La Responsabilidad de los Administradores de las Sociedades Mercantiles*, Rojo y Beltrán (dirs.), Valencia 2013, 5ª ed

GARCÍA CRUCES, J.A., “Acumulación y coordinación de acciones de responsabilidad de los administradores de una persona jurídica en concurso (sobre la inserción de la llamada responsabilidad concursal en el régimen general de responsabilidad de administradores”, en *AC*, nº 18, enero 2004

GARCÍA CRUCES, J.A., “Art. 172. Sentencia de Calificación”, *VVAA*., *Comentario de la Ley Concursal*, Rojo-Beltrán (dirs.) Madrid 2004

GARCÍA CRUCES, J.A., “Concursado, cómplices y personas afectadas por la calificación (en torno al ámbito subjetivo del concurso culpable)”, en *VVAA*., *Estudios sobre la Ley Concursal*, tomo. V, Madrid 2005

GARCÍA CRUCES, J.A., “Responsabilidad concursal”, en *VVAA*., *Enciclopedia de Derecho Concursal*, tomo II, Cizur Menor (Navarra) 2012; MUÑOZ PAREDES, A., *Protocolo Concursal*, Cizur Menor (Navarra) 2013

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Principios nueva Ley Expropiación Forzosa*, Cizur Menor (Navarra) 2007.

GARCÍA RUBIO, M.P., “Comentario al art. 4” en *VVAA*., *Comentarios al Código Civil*, Domínguez Luelmo, A. (Dir.), Valladolid 2010

GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., “Declaración de concurso y acciones societarias de responsabilidad frente a los administradores de la sociedad concursada”, en *ADCo*, núm 28, 2013

GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., *Imputación objetiva, causa próxima y alcance de los daños indemnizables*, Granada 2008

GARCÍA-VILLARRUBIA, M., “Las acciones de responsabilidad de administradores de sociedades en concurso. El problema de su coordinación con el proceso concursal y la calificación concursal. Evolución normativa”, publicado en *www.uria.com* , visto en enero de 2012

GIMBERNAT ORDEIG, E., “Fin de protección de la norma e imputación objetiva”, *ADPCP*, vol. LXI 2008.

GIMBERNAT, E. “Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº extraordinario 2 (2004)

GIMBERNAT, E., “Causalidad, omisión e imprudencia”, en *Ensayos Penales*, Madrid 1999

GIMBERNAT, E., “La causalidad en la omisión impropia y la llamada «omisión por comisión»”, en *ADPCP* vol. LIII 2000

GIMBERNAT, E., “La omisión impropia en la dogmática penal alemana. Una exposición”, en *Ensayos Penales*, Madrid 1999

GIMBERNAT, E., *Estudios sobre el Delito de Omisión*, Buenos Aires 2013, 2ª ed.

GÓMEZ CALLE, E., “Los sujetos de la responsabilidad civil. La responsabilidad por hecho ajeno”, en VVAA., *Tratado de Derecho Civil*, Reglero Campos, L.F. (coord.), 2ª ed., Navarra 2003

GÓMEZ POMAR, F., “Análisis económico del Derecho de la Responsabilidad Civil, Barcelona 2008, disponible en [www.upf.edu](http://www.upf.edu)

GÓMEZ POMAR, F., “Derecho de Daños. Bases de la responsabilidad civil (Tema 2)”, 2007, en [www.upf.es](http://www.upf.es)

GÓMEZ POMAR, F., “Conceptos fundamentales de Derecho de Daños (Tema 1), versión actualizada a 16.6.2005, en [www.upf.es](http://www.upf.es)

GÓMEZ, F., y PASTOR, S., “El derecho de accidentes y la responsabilidad civil: un análisis económico y jurídico”, *ADC*, núm. 43, abril-junio 1990

GONDRA ROMERO, J.M., *Derecho Mercantil. Introducción*, Madrid 1992

GONZÁLEZ ALONSO, A., “El régimen normativo y jurisprudencial de la potestad sancionadora y de los privilegios de la Administración Pública”, en *Diario La Ley*, nº 7111, 10 de febrero de 2009, disponible en [www.laley.com](http://www.laley.com)

GUASP, J. Y ARAGONESES, P., *Derecho Procesal Civil. Introducción y parte general*, Tomo I, Cizur Menor (Navarra) 2005, 7ª ed.

GUERRERO LEBRÓN, M.J., *El Seguro de Responsabilidad Civil de Administradores y Directivos*, Madrid 2004

HART, H.L., “El concepto de Derecho”, Buenos Aires 1992

HONIG, Kausalität und objektive Zurechnung, en *Festgabe für R. v. Frank*, t. I, 1930

HOYA COROMINA, J., “Hacia una visión integradora de la responsabilidad civil. Las reformas administrativas en la circulación vial. Un primer paso hacia el cambio”, en *La*

*responsabilidad civil y su problemática actual*, Moreno Martínez, J.A. (coord.), Madrid 2007

HRUSCHKA, J., “Sobre la utilidad del hexágono deontológico para el Derecho”, en *Imputación y Derecho Penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, Cizur Menor (Navarra) 2005

IRIBARREN BLANCO, M., *El seguro de responsabilidad civil de los administradores y altos directivos de sociedades de capital (D&O)*, Navarra 2005

IRIBARREN BLANCO, M., *Responsabilidad civil por la información divulgada por las sociedades cotizadas*, Madrid 2008.

JAKOBS, G. “La omisión. Estado de la cuestión”, en *Sobre el estado de la Teoría del Delito*, Barcelona 2000

JAKOBS, G., “La imputación penal de la acción y de la omisión”, *Cuadernos de Conferencias y Artículos* nº 12, 1996, Universidad Externado de Colombia, traducc. de Sánchez-Vera Gómez-Trelles

JAKOBS, G., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, traducción por Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, Madrid 1997, 2ª ed.,

JAKOBS, G., *La imputación objetiva en Derecho Penal*, Madrid 1996, traducción de Cancio Meliá, M.,

JAKOBS, *La competencia por organización en el delito omisivo*, 1994, Bogotá, traducc. de Peñaranda Ramos

JERRY, R.H., *Understanding Insurance Law*, Newark 2002, 3ª ed

JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J. y DÍAZ MORENO, A., “Sociedad Unipersonal de Responsabilidad Limitada”, en VVAA. *Comentarios al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles*, Uría, R., Menéndez, A. y Olivencia, M. (dirs.), Madrid 2001, t. XIV, vol. 5º, 2ª ed.

JUAN Y MATEU, F., “Artículo 60. Interrupción de la prescripción”, en Rojo, A. y Beltrán, E (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid 2004, t. I

JUSTE MENCIA, J., “Art. 236. Presupuestos y extensión subjetiva de la responsabilidad”, en VVAA, *Comentario de la Reforma del Régimen de las Sociedades de Capital en Materia de Gobierno Corporativo (Ley 31/2014)*, Juste Mencía (coord.), Cizur Menor (Navarra) 2015

JUSTE MENCÍA, J., “Disolución por pérdidas graves durante el cumplimiento del convenio y responsabilidad de administradores sociales” en *RDGP* nº 21 – 2014 2007,

JUSTE MENCÍA, J., “Responsabilidad de los administradores en el concurso, según el Proyecto de Ley de Reforma de la LC”, disponible en [www.gomezacebo-pombo.com](http://www.gomezacebo-pombo.com), visto en diciembre 2011

- KAUFMANN, A., *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen 1959.
- KAUFMANN, A., *Dogmática de los delitos de omisión*, Madrid 2006, traducc. de la 2ª ed. por Cuello Contreras y Serrano González Murillo
- KELSEN, H., *Teoría General del Derecho y el Estado*, traducción por Eduardo García Máynez, México, 1979
- KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, Madrid 2011
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., “Funciones y fines de la responsabilidad civil”, en Homenajes a los Congresos de Derecho Civil, Tomo III, Córdoba (Argentina) 2009,
- KÖTZ, H, WAGNER, G., “Deliktsrecht”, 11 auflage, Munchen 2010;
- KOZIOL, H., “Comentario al Art. 1:101. Norma fundamental”, en European Group on Tort Law, *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*, traducción coord. Por Martín-Casals, M., Cizur Menor (Navarra) 2008
- LACRUZ BERDEJO, J.L. y otros, *Derecho de Obligaciones*, vol. II, 4º ed. Madrid 2009
- LACRUZ LÓPEZ, J.M., en Curso de Derecho Penal, Madrid 2011
- LANDECHO VELASCO, C.M. y MOLINA BLÁZQUEA, C., *Derecho Penal Español. Parte General*, Madrid 2010, 8º ed.
- LARENZ, K. *Bürgerliches Gesetzbuch BeurkundungsG*, 1983,
- LARENZ, K., *Hegelszurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*, 1927
- LARENZ, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, tradución de Molinero, Madrid 1994
- LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts Band II/2: Besonderer Teil/2*
- LEÓN SANZ, F. “Artículo 71. Acciones de reintegración”, en Rojo, A. y Beltrán, E. (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, t. I, Madrid 2004
- LEPOINTE Y MONIER, *Les obligations en droit romain et dans l’ancien droit français*
- LLAMAS POMBO, E., “Editorial: De nuevo sobre la función de la responsabilidad civil”, en *PDD*, núm. 29, julio-agosto 2005
- LLAMAS POMBO, E., “La tutela inhibitoria del daño (la otra manifestación del Derecho de Daños)”, en Homenaje a Díez Picazo, Madrid 2002

LLAMAS POMBO, E., “Prevención y reparación, las dos caras del derecho de daños”, en *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Moreno Martínez, J.A. (coord.), Madrid 2007

LOONEY, J.W., “Rylands v. Fletcher revisited: a comparison of English, Australian and American approaches to common law liability for dangerous agricultural activities”, *Drake Journal of Agricultural Law*, Vol. 1, 1996.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Cizur Menor (Navarra) 2010

LÓPEZ MENUDO, F., “Ejecución forzosa de los actos”, en [www.iustel.com](http://www.iustel.com)

LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *El Proceso Concursal*, Cizur Menor (Navarra) 2012

LOZANO, “La responsabilidad de la persona jurídica en el ámbito administrativo”, *RAP* 129, 1992

Lutter, Marcus (2003): Corporate Governance und ihre aktuellen Probleme, vor allem: Vorstandsvergütung und ihre Schranken, en *ZIP* 2003.

LUZÓN PEÑA, D-M., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Valencia 2012, 2ª ed.

MACHADO PLAZAS, J., *Pérdida del Capital Social y Responsabilidad de los Administradores por las Deudas Sociales*, Madrid 1997

MAGNUS, U., “Comentarios al Art. 10:101 PETL” en European Group on Tort Law, *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*, traducción coord. Por Martín-Casals, M., Cizur Menor (Navarra) 2008

MAIRATA LAVIÑA, J., “Artículo 60. Interrupción de la prescripción”, en Pulgar Ezquerro, J., Alonso Ledesma, C., Alonso Ureba, A. y Alcover Garau, J. (dirs.) *Comentarios a la Ley Concursal*, Madrid 2004, tomo I

MARÍN DE LA BÁRCENA, F., “Deberes de contabilidad y acción individual de responsabilidad (STS 1ª de 22 de diciembre de 2014)” *RdS* núm 44, 2015

MARÍN DE LA BÁRCENA, F., “Deberes de promoción de la disolución y convenio concursal. Comentario a la STS (1ª) de 15 de octubre de 2013”, *RDM* nº 292 – 2014,

MARÍN DE LA BÁRCENA, F., “Reformas en materia de calificación concursal”, *RDCP*, nº 15, 2011

MARIN DE LA BÁRCENA, F., “Responsabilidad por deudas y derecho de daños. STS (Sala de lo Civil) de 5 de diciembre de 2007 (RJ 2007, 8899), *RdS* nº 31, 2008

MARÍN DE LA BÁRCENA, F., *La acción individual de responsabilidad frente a los administradores de sociedades de capital*, Madrid 2005



MARÍN DE LA BÁRCENA, F., Responsabilidad de los administradores de sociedades de capital por no promoción de la disolución o el concurso (sobre la retroactividad de la reforma de los arts. 262.5 LSA y 105.5 LSRL): STS 1ª, 9 de enero de 2006, *RdS* nº 26, 2006

MARÍN DE LA BÁRCENA, R., “Responsabilidad Concursal”, en *ADCo*, núm 28, 2013

MARTÍN CASALS, M., “Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones por difamación de la LO 1/1982”, en *VVAA*, *Centenario del Código Civil*, Madrid 1990, tomo II

MARTÍN REBOLLO, L., “Fundamento y función de la responsabilidad del Estado: situación actual y perspectivas en el derecho español, *Estudios de derecho administrativo*, nº 4 2011

MARTÍN REBOLLO, L., “Fundamento y función de la responsabilidad del Estado: situación actual y perspectivas”, en *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Moreno Martínez, J.A. (coord.), Madrid 2007

MARTÍN VILLA, P. y BLANCO, M.D., “Sobre la transmisibilidad de las obligaciones <<ex quasi delicto>>”, en *RDP*, julio-agosto 1992

MARTÍN-CASALS, M., “La responsabilidad por hecho ajeno en los Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil (PETL)”, en *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Moreno Martínez, J.A. (coord.), Madrid 2007

MARTÍNEZ SARRIÓN, A., “La evolución del derecho de daños” en *Derecho de Daños*, BARCELONA, 1992.

MARTÍNEZ SEGOVIA, F., “La técnica de regulación empleada por la legislación cooperativa en materia de liquidadores, en particular para la determinación de su responsabilidad”, ponencia al Seminario de la Escuela de Estudios Cooperativos, 21 de noviembre de 2003, disponible en [www.ucm.es/info/eec](http://www.ucm.es/info/eec)

MASAGUER, J., “Artículo 241 bis. Prescripción de las acciones de responsabilidad”, en *VVAA*, *Comentario de la Reforma del Régimen de las Sociedades de Capital en Materia de Gobierno Corporativo (Ley 31/2014)*, Juste Mencía (coord.), Cizur Menor (Navarra) 2015

MAYER, O., *Deutsches Verwaltungsrecht*, 1924

MAZEAUD Y TUNC, *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil delictual y contractual*. t. I, vol. I, traducc. de Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires, 1961.

MC EWIN, R.I. “No-fault compensation systems”, disponible en <http://encyclo.findlaw.com/3600book.pdf>

MEDINA ALCOZ, L., *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo. Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema*, Cizur Menor (Navarra) 2005

MEDINA ALCOZ, M., “La función de la responsabilidad civil extracontractual” en *Anuario de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación*, 2002-2003-2204

MEDINA CRESPO, M., “Responsabilidad extracontractual: La articulación refundida de sus disciplinas divergentes” en *Sobre la Responsabilidad Civil y su prueba*, Ponencias VII Congreso, 2007, disponible en [asociacionabogadosrcs.org](http://asociacionabogadosrcs.org)

MEDINA CRESPO, M., *Daños corporales y Carta Magna, repercusión de la doctrina constitucional sobre el funcionamiento del sistema valorativo : el rango relevante de las circunstancias excepcionales de índole dañosa : perjuicios morales y lucro cesante*, Madrid 2003.

MENÉNDEZ, A. Y VAQUERIZO ALONSO, A., “Comentario al artículo 1”, Uría, R., Menéndez, A. y Olivencia, M., *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, Cizur Menor (Navarra) 2007, tomo III

MERKL, A., *Teoría General del Derecho Administrativo*, Granada 2004.

MIR PUIG, “Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho Penal”, *RECPC*, 05-05 (2003),

MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona 2008, 8ª, ed.

MORALEJO, I., “Las reformas en materia de calificación del concurso”, en VVAA, *La Reforma Concursal. III Congreso Español de Derecho de la Insolvencia*, Beltrán, E., García Cruces, J.A. y Prendes, P. (dirs.) Cizur Menor (Navarra) 2011

MORO ALMARAZ, Mª J., “Extinción de obligaciones”, en [iustel.com](http://iustel.com) .

MUÑOZ CONDE, F., *Teoría general del Delito*, Valencia 2007, 4ª ed

MUÑOZ GARCÍA, A., “Cuentas Anuales y Auditoría”, en Fernández de la Gándara, *Derecho de Sociedades*, vol. II, Valencia 2010

MUÑOZ GARCÍA, A., “La causa disolutoria por pérdidas graves, en las sociedades de capital, tras las últimas modificaciones normativas aprobadas por la ley 16/2007 de 4 de julio y el Real Decreto Ley 10/2008, de 12 de diciembre”, *RDM* nº 270, 2008

MUÑOZ GARCÍA, A., “La imputación jurídica del daño producido al tercero ante la omisión de los deberes exigidos al auditor de cuentas (Comentario a la STS-Sala 1ª- de 9 de octubre de 2008)”, en *RdS* nº 33, 2009

MUÑOZ GARCÍA, A., “La responsabilidad civil preconcursal de los administradores en las sociedades de capital. Efectos del convenio concursal societario”, en *RdS* nº 28, 2007.

MUÑOZ PAREDES, A., “La calificación del concurso. Sentencia de calificación y responsabilidad concursal”, en VVAA., *Tratado Judicial de la Insolvencia*, tomo II, Cizur Menor (Navarra) 2012

MUÑOZ PAREDES, A., *Tratado Judicial de la Responsabilidad de los Administradores. La Responsabilidad Concursal*, vol. II, Cizur Menor (Navarra), 2015.

MUÑOZ PÉREZ, A. F., “Presupuestos de responsabilidad de los administradores”, en VVAA., *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, Guerra Martín (dir.), Madrid 2011.

NASH, J., “Non cooperative games”, *Annals of Mathematics* nº 54, 1951.

NIETO, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, Madrid 2002, 3ª ed

NINO, C.S., *Introducción al análisis del Derecho*, Barcelona 2003, 11ª ed

O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., “La responsabilidad objetiva”, en *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Moreno Martínez, J.A. (coord.), Madrid 2007

O'CALLAGHAN, X., *Compendio de Derecho Civil, tomo II, Derecho de Obligaciones*, Madrid 2008, 5ª ed.

O'CALLGHAN, X. *Código Civil, Comentado y con Jurisprudencia*, Madrid 1996

OBREGÓN GARCÍA, A., y GÓMEZ LANZ, J., *Derecho Penal. Parte General: elementos básicos de teoría del delito*, Madrid 2012

ORTS BERENGUER, E., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, Valencia 2014, 4ª ed.

OWEN, D.G.”Philosophical Foundations of Fault in Tort Law” en VVAA., *The Philosophical Foundations of Tort Law*, Owen, D. (dir.), Oxford 1997.

PANTALEÓN, F., “Causalidad e imputación objetiva: Criterios de imputación”, en VVAA., *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, vol. 2, Madrid 1990

PANTALEÓN, F., “Comentarios al artículo 1902 Cc.”, en VVAA., *Comentario del Código Civil*, Paz-Ares Rodríguez, C., Díez Picazo Ponce de León, L., Bercovitz, R. y Salvador Coderch, P. (dirs.), Madrid 1991, tomo II

PANTALEÓN, F., “Como repensar la responsabilidad civil extracontractual (también de las Administraciones públicas)”, en Pantaleón, F. (edic.) *La responsabilidad en el Derecho. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* 4 (2000), también se puede disponer de una copia V Congreso de la Asociación Abogados especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, celebrado en noviembre/2002 en Granada, disponible en [www.asociacionabogadosrcs.org](http://www.asociacionabogadosrcs.org),

PANTALEÓN, F., “De nuevo sobre la inconstitucionalidad del sistema para la valoración de daños personales de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor”, *La Ley* nº 1, 1997

PANTALEÓN, F., FERNÁNDEZ GREGORACI, B., “Responsabilidad de los administradores sociales y calificación”, en VVAA., *Crisis empresarial y concurso: comentarios legales*, Fernández Rodríguez-Sánchez Álvarez (coords.), Cizur Menor (Navarra) 2010

PANTALEÓN, F., Responsabilidad civil extracontractual. Accidente de circulación. Ámbito de cobertura del Seguro Obligatorio”, *CCJC*, nº 3, 1983

PANTALEÓN, F., voz “Causalidad (Dº Civil)”, en *EJB*, Madrid 1995, vol. I

PANTALEÓN, F., voz “Culpa (Dº Civil)”, en *EJB*, vol. II, Madrid 1995

PANTALEÓN, F., voz “Responsabilidad extracontractual”, en *EJB* 1995, Madrid, vol. IV,

PARADA, R., *Derecho Administrativo, t. I, Parte General*, Madrid 2002, 13ª ed  
GARCÍA DE ENTERRIA, E. y FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, tomo II, Cizur Menor (Navarra), 2006, 10ª ed

PARISI, F., “The Genesis of Liability in Ancient Law”, en *American Law and Economics Review*, Vol. 3, No. 1, Spring 2001, disponible en [http://ssrn.com/abstract\\_id=229692](http://ssrn.com/abstract_id=229692)

PARRA LUCÁN, M.A., “La responsabilidad civil extracontractual”, en VVAA., *Curso de Derecho Civil (II). Derecho de Obligaciones*, Martínez de Aguirre Aldaz, C. (coord.), Madrid 2000

PARRA LUCÁN, M.A., “Responsabilidad por hecho propio”, en Martínez de Aguirre Aldaz, C. (coord.), *Curso de Derecho Civil (II). Derecho de Obligaciones*, Madrid 2000.

PAZ ARES, C. “La sociedad mercantil: atributos y límites de la personalidad jurídica”, en VVAA, *Curso de Derecho Mercantil*, Uría Menéndez (dirs.) vol. I

PENA LÓPEZ, J.M., “Función, naturaleza y sistema de la responsabilidad aquiliana en el ordenamiento jurídico español”, en *RDP*, marzo-abril 2004,

PENA LÓPEZ, J.M., “La Responsabilidad Civil Extracontractual. El Sistema Español de Derecho de Daños” en VVAA., *Derecho de Responsabilidad Civil Extracontractual*, Pena López (dir.), Barcelona 2004

PEÑA LÓPEZ, F., “El Criterio de Imputación (I. Generalidades)” en VVAA., *Derecho de Responsabilidad Civil Extracontractual*, Pena López (dir.), Barcelona 2004

PEÑA LÓPEZ, F., “El Criterio de Imputación (II. La Culpabilidad), en VVAA., *Derecho de Responsabilidad Civil Extracontractual*, Pena López (dir.), Barcelona 2004

PEÑA LÓPEZ, F., *Dogma y realidad del derecho de Daños: Imputación Objetiva, Causalidad y Culpa en el Sistema Español y en los PETL*, Cizur Menor (Navarra) 2011

PÉROCHON, F., BONHOMME, R., *Entreprises en difficulté. Instruments de crédit et de paiement*, París 2006, 7ª ed

POLAINO NAVARRETE, M., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, t. II, Madrid, 2013.

POSNER, R., *Economic Analysis of Law*, 2007

POSNER, R.A., “Values and consequences; an introduction to economic analysis of Law”, *University of Chicago, Working Paper Series* No. 53

Propuesta de Código Derecho de Sociedades Mercantiles, aprobada por la Sección de Derecho Mercantil el 16 de mayo de 2002, habiendo sido elaborada por la Ponencia Especial compuesta por los Profesores Sánchez Calero, Bercovitz Rodríguez-Cano y Rojo Fernández-Río. Publicada en Madrid 2002, por el Ministerio de Justicia.

PULGAR EZQUERRA, J., “La responsabilidad concursal de los administradores sociales”, en VVAA., *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, Guerra Martín (dir.), Madrid 2012

PUPPE, I., “Die Lehre von der objektiven Zurechnung und ihre Anwendung – Teil 2”, *ZJS* 6/2008

QUIJANO GONZÁLEZ, “La responsabilidad societaria en el seno del concurso: marco de relaciones con la responsabilidad concursal”, en VVAA., *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, Guerra Martín (dir.), Madrid 2012

QUIJANO GONZÁLEZ, J., “Coordinación de acciones societarias (social, individual y por deudas) y concursales de responsabilidad”, en *RDGP* núm. 22, 2014

QUIJANO GONZÁLEZ, J., “La responsabilidad concursal tras la reforma de 2011”, en *eprints.ucm.es* 2012/67

QUIJANO GONZÁLEZ, J., “La responsabilidad societaria en el seno del concurso: Marco de relaciones con la responsabilidad concursal”, VVAA., *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, Guerra Martín (dir.), Madrid 2011

QUIJANO GONZÁLEZ, J., “Responsabilidad de los administradores por no disolución de la sociedad (art. 262.5, TRLSA [RCL 1989, 2737]) (Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 24 de julio de 1995)”, en *RdS*, número 5, 1995

QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General del Derecho Penal*, Cizur Menor (Navarra), 2010, 4ª ed

RECALDE CASTELLS, A., “Artículo 160. Competencia de la Junta”, en VVAA., *Comentario de la Reforma del Régimen de las Sociedades de Capital en Materia de*

*Gobierno Corporativo (Ley 31/2014)*, Juste Mencía (coord.), Cizur Menor (Navarra) 2015

REGLERO CAMPOS, L.F., “Conceptos generales y elementos de delimitación”, en VVAA., *Tratado de Responsabilidad Civil*, Reglero Campos, L.F. (coord.), 3ª ed., Cizur Menor (Navarra) 2006

RIBELLES ARELLANO, J.M., “La naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal”, en *RDCP* núm. 22, 2014

ROCA TRIAS, E., “El riesgo como criterio de imputación subjetiva del daño en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español”, en *Indret.com*, 4/2009

ROCA, E., “La responsabilidad civil extracontractual” en VVAA., *Derecho Civil. Obligaciones y Contratos*, Valpuesta Fernández, Mª R. (coord.) Valencia 1998, 3ª ed

ROCA, E., *Derecho de Daños*. Valencia 2010, 6ª ed., 2011.

RODOTA, S., *Il problema della responsabilità civile*, Milano 1964,

RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. y MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., “Algunas cuestiones sobre la responsabilidad de los administradores de Sociedad Anónima por no promoción de la disolución en caso de pérdidas (art. 262.5 LSA) STS 1ª de 16 de diciembre de 2004” *RdS* nº 24, 2005.

RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D. y HUERTA BISECA., M.I., *La Responsabilidad de los Administradores por las Deudas de las Sociedades de Capital*, Cizur Menor (Navarra) 2004,

RODRÍGUEZ RUÍZ DE VILLA, D., HUERTA, Mª I., “La responsabilidad concursal tras el Real-Decreto Ley 4/2014, de 7 de marzo”, en *ADCo*, núm. 36 2015

ROJO, A., “Los deberes legales de los administradores en orden a la disolución de la sociedad de capital”, en *Homenaje al Profesor Fernando Sánchez Calero*, Madrid

RONCERO SÁNCHEZ, A., “El seguro de responsabilidad civil de los administradores de una sociedad anónima”, 2ª ed., en *www.indret.com* número 2/2004

RONCERO SÁNCHEZ, A., “El seguro de responsabilidad civil de los administradores”, en VVAA., *Responsabilidad de los Administradores*, Rojo, A. y Beltrán, E., (dir.), Valencia 2013, 5ª ed

RONCERO SÁNCHEZ, A., “La acción individual de responsabilidad”, en VVAA., *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, Guerra Martín (dir.), Madrid 2011

RONCERO SÁNCHEZ, A., “Naturaleza y caracteres de la responsabilidad concursal de los administradores de sociedades de capital”. (A propósito de la Sentencia de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de marzo de 2007)”, *RDCP* nº 7 – 2007

RONCERO SÁNCHEZ, A., *El Seguro de Responsabilidad Civil de Administradores de una Sociedad Anónima (Sujetos, Interés y Riesgo)*, Cizur Menor (Navarra) 2002.

ROTONDI, Mario, en Dalla lex aquilia all'articolo 1.161 del Codice civile (Ricerche storico-dogmatiche), Rivista del Diritto Commerciale, 1917

ROXIN, C., Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I: Besondere Erscheinungsformen der Straftat, München 2003, 1 auflage

ROXIN, C., Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre, München 1994, 2 auflage

RUBIO LLORENTE, F., “Sobre la supuesta inconstitucionalidad del sistema de baremos para la cuantificación de los daños personales en la Ley 30/1995”, *La Ley* 1/1997, D-37

SACRISTÁN BERGIA, F., “La naturaleza de la responsabilidad de los administradores por no promoción de la disolución (SAP de Zaragoza de 8 de julio de 1995)”, *RdS*, 1996

SACRISTÁN BERGIA, F., “La responsabilidad de los administradores por no promover la disolución en las sociedades de capital”, en *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, Guerra Martín, G. (dir.), Madrid 2011

SACRISTÁN BERGIA, F., *La extinción por disolución de la sociedad de responsabilidad limitada*, Madrid 2003

SAINT-ALARY HOUIN, C., Droit des entreprises en difficulté, Paris 2006, 4ª ed.

SALVADOR CODERCH, P. en SALVADOR CODERCH y CASTIÑEIRA PALOU, M.T., *Prevenir y castigar*, Madrid 1997

SALVADOR CODERCH, P. et alii, “El remedio indemnizatorio en el derecho español de daños”, 2014 - 3ª disponible en *indret.com*

SALVADOR CODERCH, P. y FERNÁNDEZ CRENDE, A., “Instrumentos de control social y derecho de daños”, en *www.indret.com* noviembre-2004, núm. 255

SALVADOR CODERCH, P. y RUÍZ GARCÍA, J.A., “Prevención y derecho de daños”, en *www.indret.com* , núm. 2/2001, abril-junio

SALVADOR CODERCH, P., “Los más y los mejores. Indemnizaciones sancionatorias (Punitive Damages), jurados, jueces profesionales y agencias reguladoras”, en *indret.com* , abril de 2003

SALVADOR CODERCH, P. y GÓMEZ LIGÜERRE, C., “El derecho de daños y la minimización de los costes de los accidentes”, en *www.indret.com* febrero –2005

SÁNCHEZ CALERO, F., “Comentario al art. 43 LCS” , VVAA, Sánchez Calero, F. (dir.), *Ley de Contrato de Seguro*, Cizur Menor (Navarra) 2010, 4ª ed.

SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, Cizur Menor (Navarra) 2007, 2ª ed

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Madrid 2002.

SANCHO GARGALLO, I., “Calificación del concurso”, en VVAA., *La responsabilidad de los administradores de sociedades mercantiles*, Madrid 2005.

SAVIGNY, *Sistema de Derecho romano actual*, Madrid 1878, disponible en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, nº 6, 2010

SCHÄFER, H-B. y OTT, C., *Manual de análisis económico del derecho civil*, trad. de Von Carstenn-Lichterfelde, M., de la edición en alemán de 1986, Madrid 1991

SCHÜNEMANN, B., *Fundamentos y límites de los Delitos de Omisión Impropia*, Madrid 2009, traducc. por Cuello Contreras y Serrano González Murillo

SCHÜNEMANN, B., *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte: zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre*, Göttingen 1971.

SEQUEIRA MARTÍN, A., “La eficacia de las causas de disolución en la sociedad anónima según la Ley de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea en materia de sociedades y su regulación en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas”, en VVAA. *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en Homenaje a José Girón Tena*, Madrid 1991

SEQUEIRA MARTÍN, A., SACRISTÁN BERGIA, F. y MUÑOZ GARCÍA, A., “La relación entre el concurso y la situación de pérdidas patrimoniales graves como causa disolutoria en la sociedad anónima”, en *La Ley* 15 de diciembre de 2006

SEUBA TORREBLANCA, J.C., “Derecho de daños y Derecho internacional privado: algunas cuestiones sobre la legislación aplicable y la Propuesta de Reglamento “Roma II”, en *Indret.com* 1/2005

SHAVELL, S., “Economic Analysis of Accident Law”, en *Foundations of Economic Analysis of Law*, Cambridge, MA – 2003, disponible en NBER Working Paper No. 9694 May 2003.

SILVA SÁNCHEZ, J.M., *El Delito de Omisión. Concepto y Sistema*, Buenos Aires 2003, 2ª ed..

SMITH, H.E., “An economic analysis of Law versus equity”, 2010, disponible en [http://www.law.yale.edu/documents/pdf/LEO/HSmith\\_LawVersusEquity7.pdf](http://www.law.yale.edu/documents/pdf/LEO/HSmith_LawVersusEquity7.pdf)

SUÁREZ-LLANOS GÓMEZ, L., “La responsabilidad por deudas de los administradores de la Sociedad Anónima”, en VVAA., *Estudios en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Iglesias Prada (coord.) Madrid 1996



SÜSS, Th., “La evolución de la responsabilidad por riesgo en el moderno Derecho alemán”, traducción de NAVAS MÜLLER, J. *RDP*, números 311 y 312.

TAPIA SÁNCHEZ, R., *Oferta pública de suscripción: un enfoque contractual*, Madrid 2004

THALER, R.H., *The Making of Behavioral Economics. MISBEHAVING*, New York 2015.

TORRENT, A., *Manual de Derecho Privado Romano*. Zaragoza, 1987. 1º Edición

TORRUBIA CHALMETA, B., “La responsabilidad concursal en la Ley 38/2011: carácter sancionador y encaje con las acciones societarias”, en *RDM* núm. 287, 2013

TRIMARCHI, P., *Rischio e responsabilità civile*, Milano 1961.

URÍA, R., MENÉNDEZ, A., y BELTRÁN, E., Disolución y Liquidación en la Sociedad Anónima (Artículos. 260 a 281 de la Ley de Sociedades Anónimas), en Uría, R., Menéndez, A. y Olivencia, M., (dir.), *Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles*, Madrid 2002, tomo XI

VALMAÑA OCHAÍTA, M. , *La responsabilidad civil derivada del folleto informativo en las ofertas públicas de suscripción y venta de acciones*, Madrid 2006

VALPUESTA, E., *Comentarios a la Ley de Sociedades de Capital*, Madrid 2015

VILAJOSANA RUBIO, J.M., “Funciones del Derecho: un marco conceptual”, disponible en [http://www.upf.edu/filosofiadeldret/\\_pdf/vilajosana-funciones\\_del\\_derecho.pdf](http://www.upf.edu/filosofiadeldret/_pdf/vilajosana-funciones_del_derecho.pdf)

VINEY, en *Traité de Droit Civil, Introduction a la Responsabilité*, Paris 1995, 2ª ed.

VINEY, en *Traité de Droit Civil*, JACQUES GHESTIN (dir.), TOMO IV, PARIS, 1982.

VON FEUERBACH, P.J.A., *Lehrbuch des Gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen rechts*, 1812

VON NEUMANN, J. y MORGENSTEM, O., “Theory of Games and Economic Behavior”, *Princeton University Press*, núm 1944, también *Theory of Games and Economic Behavior* (Princeton Classic Editions) 2007

VON WICHMANN ROVIRA, G., “Responsabilidad Extracontractual o Derecho de Daños” en *Instituciones de Derecho Privado*, Delgado de Miguel (coord.), t. II., vol. 3º, Madrid 2003

VV.AA., *Ökonomische Analyse der europäischen Zivilrechtsentwicklung*, Herausgegeben von Thomas Eger und Hans-Bernd Schäfer, Tübingen 2007;

VVAA, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. München 2010, 7 Auflage.

VVAA., *Curso de Derecho Penal*, Demetrio Crespo y Rodríguez Yagüe (coords.), Madrid 2010, 2ª ed.,

VVAA., *Derecho Penal. Parte General. Introducción. Teoría Jurídica del Delito*, Granada 2013

VVAA., *The Philosophical Foundations of Tort Law*, Owen, D. (dir.), Oxford 1997

WELZEL, H., *Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts in seinen Grundzügen*, 1944.

XIOL RIOS, J.A., “La imputación objetiva en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo”, *PDD* núm. 84, 2010

YANES YANES, P., “La calificación del concurso”, en VVAA., *El concurso de acreedores*, Pulgar Ezquerro (dir.), Madrid 2012.

YZQUIERDO TOLSADA, M. “Daños a la personalidad (honor, intimidad y propia imagen)”, en VVAA., *Tratado de Derecho Civil*, Reglero Campos, L.F. (coord.), 2ª ed., (Navarra) 2003

YZQUIERDO TOLSADA, M. “La responsabilidad civil en el proceso penal”, en VVAA., *Tratado de Derecho Civil*, Reglero Campos, L.F. (coord.), 2ª ed., Cizur Menor (Navarra) 2003

YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad Civil Extracontractual. Parte general*, Madrid 2015

YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Madrid 2001



## RESUMEN DE INVESTIGACIÓN

**PALABRAS CLAVE:** RESPONSABILIDAD CIVIL; SANCIÓN CIVIL; ADMINISTRADORES; SOCIEDADES; CONCURSAL.

Se han determinado las estructuras de imputación de la responsabilidad civil y de las responsabilidades coercitivas en el ámbito jurídico-privado, partiendo de las estructuras del Derecho Sancionador existentes en el ámbito jurídico-público, donde son esenciales la tipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad y la punibilidad. Frente a esta construcción de la imputación, basada en la finalidad preventiva de conductas no deseadas, la Responsabilidad Civil, que tiene una función tuitiva de intereses jurídico-privados a los que el ordenamiento dispensa protección, nos permite configurar una estructura de imputación basada en las categorías correspondientes al daño como lesión de un interés jurídicamente relevante, a la imputación jurídica del daño a un sujeto, a la antijuridicidad y a la culpabilidad.

Se ha concluido que no se puede afirmar que la existencia de una función preventiva de los costes de los “accidentes” pueda justificar, de *lege lata*, una reinterpretación de nuestra regulación. Únicamente una norma puede generar incentivos, para una utilización eficiente de los recursos en esta materia, si la asignación de los costes derivados de los riesgos lesivos se fundamenta en que, la actividad que gestiona esos riesgos, es generadora de una riqueza de índole superior al importe de los costes de los accidentes, siempre que incluya todos los costes que se producen.

El daño a un interés protegido es un elemento esencial en la Responsabilidad Civil, mientras que en el Derecho Sancionador, respecto de los ilícitos de resultado, la lesión de un bien jurídico se constituye en un elemento más del tipo, sin que sea el elemento que soporta la estructura de imputación. El resultado típico no implica la condena a la pena, pero de acontecer finalmente esta, ninguna conexión tiene que guardar con aquel resultado.

Para imputar el daño en la Responsabilidad Civil, dada la inadecuada aplicación de los criterios de imputación objetiva, la imputación se ha de realizar en función de la previsibilidad del daño y de la realización en éste del riesgo, que no necesita estar desvalorado *ex ante*. En la Responsabilidad Civil, al igual que en el Derecho Sancionador, la omisión de un deber jurídico de actuar es también fuente de

responsabilidad, si el obligado a actuar, sobre el que recae el deber exigible ostenta la denominada “posición de garante”.

En la Responsabilidad Civil, al igual que en el Derecho Sancionador, la antijuridicidad es una categoría necesaria para la atribución de la condena prevista, mientras que la culpa, en la Responsabilidad Civil, como negligencia u omisión del deber objetivo de cuidado, opera en sede de culpabilidad, tras la antijuridicidad, permitiendo al diligente exonerarse de su responsabilidad. Es decir, el elemento de la negligencia no es un criterio de imputación sino de exoneración.

Respecto de la segunda parte en que se ha estructurado el trabajo, referida a la responsabilidad de los administradores, en las sociedades de capital, se ha determinado que el art 241 LSC es una norma de remisión al régimen general de la Responsabilidad Civil previsto en el art. 1902 CC respecto de los daños atribuidos por actuación directa del administrador, mientras que es una norma constitutiva de la posición de garante del administrador frente a los intereses de socios y de terceros. La estructura general de imputación por omisión nos permite afirmar que quien controla los riesgos de las actividades societarias es el órgano de administración, que es el que debe velar porque la fuente de riesgos que implica una explotación empresarial, por parte de la sociedad administrada, no cause daños a terceros.

En relación con la responsabilidad de los administradores por las deudas sociales, prevista en el art. 367 LSC, no es posible la existencia de una causa de justificación de la conducta del administrador basada en el consentimiento del acreedor por la irrelevancia de la existencia de deudas sociales para la tipicidad de la conducta exigida y por la irrelevancia del consentimiento del tercero en relación con la conducta debida. En estos supuestos estamos ante un instrumento que pretende el cumplimiento de determinados deberes, lo que implica, ante la estructura de imputación, afirmar que estamos ante una norma de naturaleza coercitiva para forzar a los administradores a ese cumplimiento.

Respecto de la responsabilidad concursal, tras la última modificación legal, se puede afirmar que ya no cabe la responsabilidad concursal por los denominados ilícitos de mera actividad y que el importe de la condena al déficit se debe determinar en virtud de la incidencia que la conducta ha tenido en la generación o agravación de la insolvencia. El déficit, por su propia naturaleza tiene como presupuesto el agotamiento

de todos los bienes y derechos de la concursada, entre los que se encontrará, en su caso, el activo crediticio de naturaleza indemnizatoria derivado de los perjuicios que haya generado la insolvencia, por lo que no es posible la condena al “déficit” mientras exista un crédito indemnizatorio contra los administradores. Por ello, se puede afirmar que condenar al déficit no busca reparar los daños societarios, al no computar el daño sino el importe debido pendiente de abono, lo que justifica excluir el daño sufrido en el valor patrimonial neto y la consiguiente lesividad de los recursos propios. Como la regulación recoge el ilícito concursal como un ilícito especial, el fundamento de ese especial reproche ha de buscarse en la infracción de deberes especiales impuestos a determinadas personas, o en el acceso a ciertos intereses jurídicos a los que se dispensa protección, lo que justifica la imposición de un régimen represivo frente a otros que pudieran realizar la conducta ilícita, sin perjuicio de su deber de indemnizar los daños imputados. En relación con la condena al “déficit”, la utilización de la expresión “podrá condenar”, en el marco de la norma que determina la responsabilidad concursal (art. 172 bis. 1 LC), implican un permiso para la condena, por lo que sin incurrir en el supuesto previsto en el art. 172.bis LC no es posible la condena al déficit. Dado que la condena al déficit, ex art. 172 bis LC, es una condena de naturaleza sancionadora, la acción social y su ejercicio no se ve afectada por la declaración concursal de la sociedad. Por el contrario, mientras exista un crédito indemnizatorio contra los administradores, realizable a través de la acción social ex arts. 238 y ss. LSC, no será exigible la condena al déficit que requiere el agotamiento de todos los créditos societarios. La acción individual no se ve afectada por el concurso de la sociedad y por ello, al carecerse de normas que lo impidan, puede ejercitarse en cualquier momento por los acreedores o los socios, reclamando el daño que hayan sufrido directamente en su patrimonio.



## RESEARCH RESULTS

*KEY WORDS:* LIABILITY; CIVIL PENALTY; DIRECTORS; COMPANIES; BANKRUPTCY.

We have determined the structures of imputation of liability and enforcement responsibilities in the legal private sector, building on existing structures of penal law in the legal and public sphere, where criminality, illegality, guilt and punishability are essential

This construction of the imputation is based on the preventive purpose of unwanted behaviors. By contrast, the liability has a protective function of private legal interests that are protected by the legal order. This allows us to set an imputation structure based on these four categories: the damage, the legal imputation of damage to a subject, illegality and guilt. And understanding the damage as injury to a legally relevant interest.

We have concluded that it can't be argued that the existence of a preventive function of the costs of "accidents" can justify, *de lege lata*, a reinterpretation of our regulation. A rule can only provide incentives for efficient use of resources in this area, if the allocation of the costs of the harmful risks is based on that activity that manages those risks, it generates a higher profit to the amount of the costs of accidents, provided that you include all the costs that occur.

The damage to a protected interest is an essential element of civil responsibility, while in the penal law, for the crimes of result, injury to a legal right must to be understood as an element of the penal categorie, without it being the supporting element of the imputation's structure. The typical result does not mean to sentence to penalty, but if it finally happens, does not have to be connected with that result.

Given the inadequate implementation of the criteria of objective imputation, to impute the damage liability, the attribution has to be done according to the foreseeability of damage and accomplishment in this risk. The risk need not be devalued *ex ante*.



In the Liability as in the penal law, the omission of a legal duty to act is a source of responsibility, if who is required to act, that is, who is responsible for the required duty holds the so-called " guarantor position".

In the Liability as in the penal law, the illegality is a category necessary for the allocation of the planned condemnation, while guilt, liability, such as negligence or omission of the objective duty of care, operates in the sphere of guilt, after illegality, allowing the diligent exempted from liability. That is, the element of negligence is not a criterion of imputation but exemption.

Regarding the second part of the work, based on the liability of directors in limited liability companies, it has been determined that Article 241 LSC is a standard reference to the general rules of civil liability provisions of art. 1902 CC for any damage attributed by direct action of the manager, while it is a constitutive norm of the Administrator guarantor position regarding the interests of shareholders and third parties. The general structure of imputation in case of omission allows us to affirm that whoever controls the risks of corporate activities is the management body, which is supposed to ensure that the source of risks involved in a business operation, by the company managed not cause damage to third parties.

In relation to directors' liability for corporate debts, provided in art. 367 LSC is not possible the existence of a justification for the conduct of the administrator based on the consent of the creditor by the irrelevance of the existence of social debts to affirm the criminality of the behavior required and the irrelevance of the consent of the third party in connection with required conduct. In these cases we can talk about an instrument that seeks the fulfillment of certain duties, which means, to the imputation structure , say that this is a coercive rule that is seeking to force administrators to such compliance.

Regarding the bankruptcy liability after the last legal modification, we can say that no longer fits the bankruptcy liability for mere activity crimes and that the amount of the condemnation of the deficit should be determined under the effect that the conduct has had on the generation or aggravation of insolvency. The déficit, because of its own nature has as precondition the exhaustion of all property and rights of the insolvent, among which will be the credit derivative asset compensatory nature of the

damage that has generated insolvency. So it is not possible to defend a condemnation of the " deficits " as long as a compensation claim against the administrators exists. Therefore, we can say that condemn top the deficit does not seek to repair the corporate damage, since it can not be counted the damage but the amount due pending payment , justifying exclude damage suffered in the net asset value. As the regulation reflects this illicit as a special offense, the basis of that special reproach must to be found in breach of special duties imposed on certain individuals, or access to certain protected legal interests. This justifies the imposition of a repressive regime against those who would make the unlawful conduct, without prejudice to their duty to compensate the damage alleged. In connection with the condemnation of the " deficits ", the use of " may order " in the framework of the rule that determines the bankruptcy liability (art . 172 bis . 1 LC ) , involving a permit for conviction , so without incurring the case provided for in art. 172.bis LC is not possible to condemn the deficit. Since the sentence to the deficit, ex art. 172.bis LC is a punitive sentence, social action and its exercise is not affected by the insolvency declaration of the company By contrast, while there is a compensation claim against the directors, realizable through social action ex arts. 238 et seq. LSC, the sentence shall not be required to deficit requiring the exhaustion of all corporate assets. Individual action is not affected by the insolvency of the company and therefore to missing rules to prevent it, you can be exercised at any time by creditors or shareholders, claiming the damage they have suffered directly in their personal state.